

O MAGISTRADO EM FACE DA EQÜIDADE COMO INSTRUMENTO VÁLIDO DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO NORMATIVA^(*)

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA^(**)

Sumário: 1. Introdução; 2. O que é eqüidade?; 3. A eqüidade sob a ótica da escola do Direito Livre; 3.1. Existe Direito Alternativo?; 4. A evolução dos princípios: o fim do mito da neutralidade axiológica das Constituições; 4.1. O excelente estudo de Paulo Bonavides sobre a evolução e normatividade dos princípios: a fase do pós-positivismo; 5. O manejo da eqüidade possibilita o julgamento contra legem?; 6. Decidir POR ou SEGUNDO a (com) EQÜIDADE; 7. A eqüidade no Direito brasileiro; 7.1. A aplicação da eqüidade no Direito (e no Processo) Civil; 7.2. A eqüidade encontra campo fértil no Direito do Trabalho; 8. Considerações finais; 9. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Todo juiz brasileiro, ao tomar posse, presta, solenemente, o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis. A promessa resulta da dicção do artigo 79 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35, de 14 de março de 1979), e desse comando não pode — ou, pelo menos, não deve — afastar-se o magistrado, sob pena de reduzir seu juramento a simples negaça (entendido o vocábulo no sentido de engodo ou fingimento mesmo), em autêntica traição à vontade da sociedade, expressa, na hipótese, no aludido preceito legal, elaborado por quem teve poderes outorgados para representar em abstrato os anseios populares: o legislador.

Não é desarrazoada e sim perspicaz, pois, a advertência de *Ferrara* — em lição que pode perfeitamente ser transplantada para os dias atuais — de que “o juiz pode aplicar princípios da lei a casos *novos*, dar a princípios da lei um sentido *novo*, desde que não vá de

(*) Trabalho desenvolvido no curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais (subárea Direito do Trabalho) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), na disciplina Direito do Trabalho I — Direito Individual, cujo titular é o eminente professor Doutor Renato Rua de Almeida.

(**) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente-SP, Mestrando em Direito das Relações Sociais (subárea Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP (Associação Educacional Toledo), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil e membro do Conselho Técnico (Subcomissão do Estudo Multidisciplinar Temático) da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

encontro a outras normas”. Até aqui — ressalta — “pode chegar a obra do intérprete”. Mas, conclui, “desviar-se conscientemente da lei, querer reformá-la ou inová-la por pretendidas exigências de interesses, é atraiçoar a função do magistrado. O juiz deve ficar pago com a sua nobre missão, e não ir mais longe, passando a usurpar os domínios do legislador. Os dois poderes estão divididos, e assim devem estar”.⁽¹⁾

A partir de tal premissa, prestigia-se a clássica tripartição de poderes, consagrada, entre nós, pelo artigo 2º da Lei Fundamental⁽²⁾, sem perder ainda de vista que o Estado Democrático de Direito em que constitui-se a República Federativa do Brasil, traz, como seu corolário, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (parágrafo único do artigo 1º da CF/88). Além disto, o inciso II do artigo 5º da *Lex Mater* explicita que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que, em última análise, implica na afirmação constitucional de que o juiz não deve julgar *contra legem*.

Mas dentro desta concepção, não estaria reduzido o magistrado a um autômato, mero aplicador de normas? Uma análise irrefletida e apressada poderia conduzir a uma resposta positiva. Mas não. O Direito, como bem lembrou *Ihering*, “não é pura teoria, mas uma força viva. Todos os direitos da humanidade foram conseguidos na luta. O Direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas da nação inteira”.⁽³⁾ E da dinâmica do Direito, essa “força viva” a que se referiu *Ihering*, provém a indispensável atividade intelectual do juiz.

Dada a necessidade de subsumir às normas positivadas, de caráter abstrato, os casos concretos, em virtude da generalidade daquelas e da particularidade destes, bem como de colmatar as lacunas existentes, uma vez que “as normas são sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida”, como observa, com absoluta propriedade, *Maria Helena Diniz*⁽⁴⁾, é que podemos asseverar que o magistrado, tanto na interpretação como na integração das lacunas normativas, pode e deve valer-se, validamente, da equidade.

Afinal, como lembrado por *Luiz Lima Langaro*, o magistrado, no exercício de seu mister, “não pode tornar-se um mero ‘pronunciador’ das palavras da lei, — como os criti-

(1) *Ferrara, Francesco*. “Interpretação e aplicação das leis”, “Coleção Studivm. Temas filosóficos, jurídicos e sociais”. Traduzido por *Andrade, Manuel A. Domingues de*, 3ª ed., Coimbra-Portugal: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1978, pág. 173.

(2) Art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

(3) *Ihering*. “A luta pelo Direito”, *apud Montoro, André Franco*. “Estudos de Filosofia do Direito”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

(4) *Diniz, Maria Helena*. “Curso de Direito Civil Brasileiro — Teoria Geral do Direito Civil”, vol. 1, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 51. Segundo a autora, “o legislador por mais hábil que seja não consegue reduzir os comandos normativos às necessidades do momento, abrangendo os casos emergentes da constante elaboração da vida social que vêm pedir garantia ao direito, por mais que este dilate o seu alcance e significado”.

cava *Montesquieu*, — nem mero ‘aplicador da lei’, mas aquele que ‘valoriza a lei’, tendo sempre como fim o ‘bem comum’. Isso implica reconhecer ao juiz a *liberdade de compreender o caso segundo a sua consciência*. Essa liberdade lhe comunica e lhe assegura uma *independência* substancial, absoluta, exterior e interior, frente à vontade de quem quer que seja. Por sua vez, essa independência não constitui um interesse *pessoal* do juiz, pois é um interesse de ordem pública, fundamental para a própria vida judiciária do Estado. Também não significa que possa o juiz, ‘por sua independência’, estar acima da própria lei, pois, em verdade, o juiz *só deve estar sujeito à lei, e aplicá-la segundo a vontade manifestada pela lei mesma* e não segundo a vontade de terceiros. É de se frisar, igualmente, que essa *independência* em relação às partes e em relação a terceiros deve proteger o magistrado, inclusive, contra as influências dos outros Poderes, de outras autoridades e do próprio Estado. Significa que o Judiciário, em qualquer de seus graus, não pode sofrer interferência do Executivo ou do Legislativo, naqueles assuntos que se achem sob sua apreciação”.⁽⁵⁾

Longe de infirmar as proposições anteriormente lançadas, a conclusão de que o magistrado deve valer-se validamente da equidade, como se verá no desenvolver deste estudo, as confirma. Nada tem, na verdade, de criativa ou genuína. Deriva, isto sim, de opção consciente por uma dentre as diversas e autorizadas correntes doutrinárias existentes, dada a diversidade de aplicações preconizadas para a equidade, figura que sequer conceito unívoco possui.

Sem a pretensão de transformar ilações em verdades inconcussas, o que revelaria presunção desmedida, e sem qualquer intenção de desqualificar posições contrárias, todas respeitáveis, tentaremos, partindo da significação do vocábulo equidade, explicar as formas pelas quais o juiz, na análise de casos concretos, pode dela lançar mão para subministrar Justiça.

2. O QUE É EQÜIDADE?

O verbete equidade pode ser encontrado em dicionários comuns ou vocabulários jurídicos. Mas, apesar de pontos convergentes — como, v. g., o de que originou-se do latim *aequitate* e de que corresponde à Justiça Natural, traduzindo igualdade —, divergem até mesmo os lexicógrafos ao tentar estabelecer o real significado da equidade.

A despeito de sua importância para o Direito, em especial para o Direito do Trabalho,

(5) Langaro, Luiz Lima. “Curso de Deontologia Jurídica”. Atual. por Dipp, Gilson Langaro”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 78.

ramo onde, enaltecida por alguns como o “princípio por excelência”, tem sido, como observa *Miguel Reale*, “por muitos objeto de simples notas marginais, enquanto que outros chegam mesmo a apontá-la como um conceito inútil, superado pela certeza das normas, segundo diretrizes objetivas do progresso científico”⁽⁶⁾, a equidade precisa mesmo ser constantemente reexaminada. Mas, comecemos com a significação que lhe emprestam os dicionaristas.

Eis como apresenta o *Aurélio* a equidade:

“**eqüidade.** [Do lat. *aequitate*.] *S. f.* **1.** Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. **2.** Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. **3.** Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. **4.** Igualdade, retidão, equanimidade. [Var. pros.: *equidade*.]”⁽⁷⁾

O *Michaelis* é ainda mais sintético:

“**e.qüi.da.de** *sf* (*lat aequitate*) **1.** Justiça natural. **2.** Disposição para reconhecer imparcialmente o direito de cada qual. **3.** Igualdade, justiça, retidão. *Antôn: injustiça.* *Var: equidade.*”⁽⁸⁾

De Plácido e Silva, em seu consagrado Vocabulário Jurídico, trata com mais profundidade da equidade:

“**EQÜIDADE.** Derivado do latim *aequitas*, de *aequus* (igual, equitativo), antigamente era tido em sentido análogo ao de justiça, pelo que, por vezes se confundiam. E, assim, tanto um como outro se compreendiam como a disposição de ânimo, constante e eficaz, de tratar qualquer pessoa, segundo sua própria natureza, ou tal como é, contribuindo em tudo que se tem ao alcance, desde que não seja em prejuízo próprio, para torná-la perfeita e feliz.

E, ampliando este sentido, chegavam a equipará-la à *caridade*, interpretando-a como a bondade cordial, em virtude da qual não se exige com rigor aquilo a que temos direito, porque nos pertence ou nos é devido, chegando-se ao extremo de uma

(6) *Reale, Miguel*. “A equidade no Direito do Trabalho”. Revista da Faculdade de Direito, vol. LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974, pág. 9.

(7) *Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda*. “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 2ª ed., 28ª Impr., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, pág. 675.

(8) *Michaelis*. “Moderno Dicionário da Língua Portuguesa”, São Paulo: Melhoramentos, 1998, pág. 836.

liberalidade desmedida, para relaxar, voluntariamente, nossos próprios direitos, mesmo reais, em proveito de outrem.

Mas, no conceito atual, não é este o sentido de *eqüidade*, que não se confunde com *justiça*, onde é aplicada.

É compreendida como a *igualdade* de que nos falam os romanos: *jus est ars boni et AEQUI*. É o bom, que vem do que é direito, está na *reta razão* ou na *razão direita*, pode ter complementado na *razão absoluta* ou no que é *eqüitativo*. É um *abranda-mento* ou a *benigna e humana* interpretação da lei, para sua aplicação.

E, assim, a *eqüidade* não é a *justiça*. Compõe o conceito de uma justiça fundada na *igualdade*, na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios.

Entanto, por vezes, possui sentido mais amplo, mostrando-se um princípio de Direito Natural, que pode, mesmo, contrariar a regra do Direito Positivo.

E, com este conceito, quer significar a adoção de *princípios* fundados nela, ditos *princípios de eqüidade*, que se fundam na *razão absoluta*, desde que atendidas as razões de ordem social e as exigências do bem comum, que se instituem como princípios de ordem superior na aplicação das leis.

Neste sentido, já as Ordenações firmavam a regra para que os julgadores decidissem *per a verdade sabida, sem embargo do erro do processo*, o que significa pelo princípio de eqüidade, mesmo em contrário do que se vê pela demanda (Ord., Liv. 3º, tit. 63, *in pr.*).

Pelo princípio da eqüidade, mais deve ser atendida a razão, que a impõe, vista pela *boa-fé*, do que a própria regra do Direito.

Sendo assim, a *eqüidade* é a que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for *justo* e *razoável*. E, certamente, quando a lei se mostrar injusta, o que se poderá admitir, a eqüidade virá corrigir seu rigor, aplicando o princípio que nos vem do Direito Natural, em face da *verdade sabida* ou da *razão absoluta*.

Objetiva-se, pois, no princípio que modera ou modifica a aplicação da lei, quando se evidencia de excessivo rigor, o que seria injusto.

Assim, diz-se que *aequitas sequitur legem* (a eqüidade acompanha a lei). E

jamais poderá ser contra ela.

O Código de Processo nacional institui o princípio de que o juiz, quando autorizado a *decidir por equidade*, aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador (artigo 114).”⁽⁹⁾

Por fim, para encerrar a exemplificação, trazemos os principais pontos da significação apresentada por *Marcus Cláudio Acquaviva*:

“Equidade

Do latim *aequitas*, equidade.

Ao aplicar uma norma jurídica, o juiz pode perceber que a aplicação pura e simples desta, sem atentar para as peculiaridades do caso concreto, pode levar a uma injustiça. Pode e deve, portanto, sem fugir ao preceito jurídico, amoldar a norma fria do texto ao elemento humano do caso. Eis a equidade: *aplicação ideal da norma ao caso concreto*, como a definiu *Aristóteles*.

A equidade é princípio do direito natural e a ela se refere magistralmente *Victor Cathrein*, “Filosofia do Direito (O Direito Natural e o Positivo)”, edição espanhola, Instituto Editorial Reus, pág. 166: ‘A lei natural está acima da lei positiva e serve, às vezes, para corrigir as lacunas desta. Como a lei positiva tem um conteúdo geral e não abrange os casos excepcionais, pode ocorrer que, se for aplicada rigidamente, segundo um texto geral, em certos casos, conduzirá a injustiças que não se acham na intenção do legislador.

Em tais casos, é necessário interpretar ou emendar racionalmente a lei positiva conforme a intenção do legislador e as exigências da justiça natural, e esta correção do direito positivo pelo natural constitui a equidade ou direito equitativo’.

Para *Aristóteles*, a equidade vem a ser a norma que o legislador teria prescrito para um caso singular. Ouçamo-lo: ‘Há certos casos sobre os quais não se pode estatuir convenientemente por meio de disposições genéricas. E assim, em todas as questões a respeito das quais é absolutamente inevitável decidir de maneira puramente geral, sem que seja possível fazê-lo corretamente, a lei se restringe aos casos mais ordinários, sem que dissimulem as lacunas que deixa. A lei não deixa de ser, por isto, menos boa,

(9) Silva, *De Plácido*. “Vocabulário Jurídico”, vol. II, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, pág. 180. A alusão feita pelo autor ao art. 114 é relativa ao CPC de 1939. O atual, no art. 127, dispõe que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

pois a falta não está nela, nem no legislador que a dita; está na própria natureza das coisas, porque esta é, precisamente, a condição de todas as coisas práticas.

Portanto, quando a lei dispõe de maneira genérica, e nos casos particulares há algo excepcional, então, vendo que o legislador não se manifesta ou tenha se enganado por ter falado em termos genéricos, é indispensável corrigi-la e suprir seu silêncio, falar em seu lugar, como ele mesmo o faria se estivesse presente, isto é, fazendo a lei como ele faria, se tivesse podido conhecer os casos particulares de que se trata. A característica da eqüidade é, precisamente, restabelecer a lei nos pontos em que esta se estagnou, em virtude da fórmula geral de que se serviu. Tratando-se de coisas indeterminadas, a lei deve permanecer indeterminada como elas, como a régua de chumbo de que se utilizam os arquitetos de Lesbos, a qual se amolda à forma da pedra que mede’.

A eqüidade, portanto, funda-se na idéia de igualdade, sendo aplicada para a consecução do justo, pois, como já diziam os juristas romanos, amparados em sua milenar sabedoria: *jus ars boni et aequi*. A eqüidade representa aquele sentido de justiça que, por vezes, se separa da lei para atender a circunstâncias concretas que, se não levada em consideração, cometer-se-ia a pior das injustiças. O verdadeiro sentido da eqüidade é o de se evitar a aplicação mecânica da lei, sem que o juiz propenda, com isso, para suas convicções pessoais, pois ele deve aplicar a lei e não julgar da bondade intrínseca do texto, pois, se assim agisse, estaria sendo arbitrário. A eqüidade vincula-se, diretamente, à isonomia (igualdade de tratamento perante a lei), pois ‘devem-se dar coisas iguais aos iguais, e coisas desiguais aos desiguais; se as pessoas são desiguais, não se devem dar-lhes coisas iguais’, conforme o ensinamento de *Aristóteles*. (...)

(...)

Concluindo: a eqüidade é a justiça do caso particular, destinando-se a abrandar o rigor excessivo da lei positiva. A eqüidade não destrói a lei, pelo contrário, a completa. Por isso, *Aristóteles*, em sua “Ética a Nicômaco”, afirma que o eqüitativo é também justo e vale mais do que o justo em determinadas circunstâncias. É uma feliz retificação da justiça rigorosamente legal. A aplicação extremamente rigorosa de normas inflexíveis e invariáveis, não temperadas pela eqüidade, pode resultar em extrema injustiça; por isso, dizia *Cícero*, que *summum jus summa injuria*.^{”(10)}

(10) *Acquaviva, Marcus Cláudio*. “Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva”, 1ª ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993, págs. 532-535.

A equidade, na verdade, é tudo isto. Chega a ser mais, mas há a necessidade de posicioná-la adequadamente na atualidade. Assim, é preciso que não nos atenhamos apenas à explicação dos dicionaristas, comuns ou da área jurídica, mas que perscrutemos o pensamento de grandes juristas para tentar — na medida do possível e respeitadas as nossas limitações — situar a equidade com o destaque que lhe é devido, sem no entanto perder de vista a segurança jurídica tão necessária para a própria sobrevivência não apenas de um Estado de Direito, mas de um Estado Democrático de Direito.

Chaim Perelman, por exemplo, ao discorrer sobre a regra de justiça e a equidade, assevera que aquela (regra de justiça), “por exigir a uniformidade, conduz à previsibilidade e à segurança. Permite o funcionamento coerente e estável de uma ordem jurídica. Mas isto não basta para satisfazer a nossa necessidade de justiça. É mister que a própria ordem assim realizada seja justa”. E indaga: “Por outro lado, acaso a equidade não se opõe às vezes à aplicação uniforme e, por assim dizer, mecânica da mesma regra, sem se preocupar com as conseqüências? A aplicação de uma regra, que regulamente os casos mais habituais, não poderá produzir efeitos moralmente chocantes em casos excepcionais?” Para responder, recorre também a *Aristóteles*, que, segundo ele, “previu a objeção e não hesitou em dar um lugar à equidade”:

“A equidade, mesmo sendo justa, não se resume a essa justiça que é a conformidade à lei, mas é, antes, um corretivo à justiça legal. Se a equidade é assim, é porque a lei é sempre uma disposição universal e porque, em certos domínios, é impossível falar corretamente permanecendo no plano do universal; portanto, quando se deve editar uma disposição universal sem ser capaz de fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o que ocorre na maioria dos casos, sem ignorar a parte de erro que contém. Nem por isso deixa de ser uma boa lei; pois o erro não está na lei, tampouco está em quem faz a lei. Está na própria natureza do caso considerado. A matéria das ações morais é, de fato, no mais profundo de si mesma, rebelde a uma legislação universal. Então é legítimo, na medida em que a disposição tomada pelo legislador é insuficiente e errônea por causa de seu caráter absoluto, trazer um corretivo para cumprir essa missão, editando o que o próprio legislador editaria se lá estivesse e o que teria prescrito na lei, se tivesse tido conhecimento do caso em questão.”⁽¹¹⁾

(11) *Perelman, Chaim*. “Ética e Direito”, São Paulo: Martins Fontes, 1999, págs. 162-163.

Para *Perelman*, a equidade é a “muleta da justiça”, o que indica que o “recurso à equidade só é permitido quando a lei parece manca”, o que, segundo diz, não é possível presumir, sendo necessário mesmo “justificar qualquer derrogação da lei”. Sob o seu ponto de vista, o “recurso à equidade é, pois, um recurso ao juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguido à letra, conduzem a consequências iníquas”. Vale-se o jurista de três razões para explicar as conclusões extraídas:

“a primeira, aquela a que *Aristóteles* alude, é a obrigação de aplicar a lei a um caso singular, no qual o legislador não pensara; a segunda se apresenta quando condições externas, tais como uma desvalorização da moeda, uma guerra ou uma catástrofe, modificam tanto as condições do contrato que sua execução estrita lesa gravemente uma das partes; a terceira se deve à evolução do sentimento moral, do que resulta que certas distinções, que o legislador, ou o juiz que havia enunciado o precedente, havia menosprezado no passado, se tornam essenciais na apreciação atual dos fatos.”⁽¹²⁾

Já *Bobbio*, ao tratar das limitações materiais e formais da atividade do juiz, apresenta como “juízos de equidade” aqueles em que “o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida”. Para referido autor “o juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores”. Esclarece, no entanto, que “em nossos ordenamentos, esse tipo de autorização é muito raro. Nos ordenamentos em que o poder criativo do juiz é maior, o juízo de equidade é também sempre excepcional: se os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras fontes superiores, como pode ser o costume ou o precedente judiciário”.⁽¹³⁾

Em outra obra, ao discorrer sobre a “decisão do juiz como fonte de direito. A equidade”, *Bobbio* salienta que, “com base nos princípios do positivismo jurídico que foram acolhidos pelo ordenamento jurídico dos Estados modernos, o juiz não pode com uma sentença própria ab-rogar a lei (...). O poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito. Isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte subordinada, mais precisamente uma fonte *delegada*. Isto acontece quando ele pronuncia um *juízo de equidade*, a saber, um juízo que não aplica normas jurídicas

(12) *Perelman, Chaim*. “Ética e Direito”, ob. cit., pág. 163.

(13) *Bobbio, Norberto*. “Teoria do Ordenamento Jurídico”, 10ª ed., trad. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos, Brasília: UnB, págs. 56-57.

positivas (legislativas e, podemos até acrescentar, consuetudinárias) preexistentes. No juízo de equidade, o juiz decide ‘segundo consciência’ ou ‘com base no próprio sentimento de justiça’. Poder-se-ia dizer também que ele decide aplicando normas de direito natural, se concebermos este último como um conjunto de regras preexistentes. Ao prolatar o juízo de equidade, o juiz se configura como fonte de direito, mas não como fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei. Isso acontece quando o legislador se encontra diante de certas situações que ele reputa impossíveis ou inoportunas disciplinar com normas gerais, solicitando a sua regulamentação ao poder judiciário”.⁽¹⁴⁾

Bobbio refere que a doutrina distingue três tipos de equidade: substitutiva, integrativa e interpretativa. Na primeira hipótese, segundo seu entendimento, “o juiz estabelece uma regra que supre a falta de uma norma legislativa”; na segunda, “a norma legislativa existe, mas é demasiadamente genérica e portanto não define com precisão todos os elementos da *fatti specie* ou todos os efeitos jurídicos. Neste caso a equidade opera no âmbito da norma legislativa, completando-lhe as partes faltantes”; por fim, segundo o autor, “fala-se de *equidade interpretativa* quando o juiz define, com base em critérios equitativos, o conteúdo de uma norma legislativa que existe e é completa”.⁽¹⁵⁾

Sobre a última (equidade interpretativa), questiona: “É admissível tal equidade em nosso ordenamento jurídico?” E responde: “A doutrina juspositivista responde que não, observando que a equidade interpretativa pode se tornar um expediente para prolatar uma sentença que derogue a lei”. Sobre o Código Civil italiano, observa que as normas nele contidas sobre interpretação “não prevêm entre os vários critérios hermenêuticos enunciados (interpretação literal, interpretação analógica, recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado) o recurso à equidade”.⁽¹⁶⁾

Pondera *Bobbio* que sob o Código ab-rogado, seria possível encontrar “um respiradouro para introduzir a equidade interpretativa no art. 3º das *Disposições preliminares* (correspondente ao atual art. 12), o qual falava do recurso aos ‘princípios gerais do direito’. Tratava-se de uma fórmula extremamente vaga à qual cada um atribuía o significado de sua preferência, e foi inclusive sustentado (por exemplo por *Maggiore*) que tal fórmula se

(14) *Bobbio, Norberto*. “O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito”, comp. por Morra, Nello; trad. e not. Pugliesi, Márcio; Bini, Edson; e Rodrigues, Carlos E., São Paulo: Ícone, 1995, págs. 171-172.

(15) Ob. cit., pág. 173.

(16) Ob. cit., pág. 173.

referia aos princípios da equidade mas foi uma opinião pouco seguida”.⁽¹⁷⁾ Vale lembrar, como anotam os tradutores da obra de *Bobbio*, que assim — referência aos “princípios gerais do direito” — acontece na legislação brasileira contemporânea, como se vê, aliás, do que consta no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no próprio artigo 8º da CLT, este autorizando, entretanto, o recurso expresso à equidade.

Lembrando debate travado entre *Calamandrei* e *Carnelutti* sobre ser o juízo de equidade fonte de direito (qual seria a fonte: a equidade ou o juízo?), *Bobbio* acaba por concluir que “no caso do juízo de equidade a fonte formal do direito é o juiz, que explica o seu poder normativo mediante sentenças dispositivas (...)”.⁽¹⁸⁾ Por seu turno, *Reale*, reporta que, no processo de instauração de um Direito novo (referindo-se ao Direito do Trabalho), “a equidade, ainda quando não invocada ou trazida à plena consciência do legislador e do juiz, operava em dois sentidos: como *valor* ou critério inspirador de adequação da *regula juris* à especificação dos casos particulares, e como *instrumento de instauração de novas normas* mais adequadas às situações emergentes do progresso industrial”.⁽¹⁹⁾

Atuava a equidade então, segundo o jurista, “desde logo, no plano operacional da hermenêutica, e, quase que concomitantemente, na esfera da formulação normativa”.⁽²⁰⁾ Mais adiante, ao discorrer sobre a integração de lacunas nos diversos sistemas legais, enfatiza *Reale*, no entanto, que “não se deve, porém, concluir que a equidade seja ‘fonte do direito’, como ainda se continua a repetir, dando-se a ambos os termos uma acepção genérica imprecisa”.⁽²¹⁾

Pensamos, na verdade, que nem a equidade e nem o juiz são fontes de Direito. A primeira inspira também o legislador na formulação das normas positivadas, e nem por isto ela ou o legislador são apresentados como fontes. Ao contrário, há um quase consenso sobre serem as normas as fontes formais. Ora, é então de se perguntar: se na relação equidade-legislador não se cogita de um ou outro serem fontes de direito, por que o mesmo não ocorre quando a questão envolve a equidade e o juiz? Parece-nos que, também na última hipótese, nenhum dos dois se caracteriza como fonte de direito. Referida fonte, em situações específicas que serão vistas mais adiante, será — no aspecto formal — a própria sentença (ou acórdão), e não o juiz ou o recurso à equidade por ele utilizado para proferir o julgamento.

(17) Ob. cit., págs. 173-174.

(18) *Bobbio, Norberto*. Ob. cit., págs. 174-175.

(19) *Reale, Miguel*. “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 10.

(20) “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 10.

(21) “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 16.

Em magistral trabalho escrito em maio de 1974 (portanto, anterior à vigência da atual Constituição Federal) e publicado pela Revista LTr, o professor *Wagner D. Giglio*, citando *Spínola Filho* que, de forma categórica, afirma que “a equidade não é, absolutamente, fonte de direito” e, baseado em *Geny*, a equipara a uma espécie de “instinto”, conclui: “Para nós, o **instinto** do julgador — subjetivo, intuitivo, vago e impreciso — não poderia, obviamente, ser fonte de direito, nem mesmo fonte material, como vimos, por lhe faltar caráter científico”.⁽²²⁾

Giglio, reconhecendo que as normas jurídicas escritas não esgotam o Direito e que a vida moderna, “em rápida evolução, cria situações novas, modifica relações antigas, altera condições sociais e substitui valores”, posiciona a equidade, quanto aos seus destinatários, primordialmente como postulado de justiça, ideal a ser atingido pelo legislador, “pois não se concebe, logicamente, a existência de direito iníquo, injusto. A norma jurídica escrita que, por distorção, revelar-se injusta, não representa o direito, e merece derrogada”.⁽²³⁾

Como o processo legislativo é lento, e “enquanto subsistem as lacunas o juiz não poderia se eximir de dar solução às controvérsias sob escusa de imprevisão legal”, observa *Wagner D. Giglio* ser imperioso, “para a sobrevivência da sociedade, que o julgador resolva os litígios”⁽²⁴⁾. Pondera que o juiz não é livre para julgar **por** equidade, mas deve interpretar as normas **com** equidade (sobre a distinção, nos debruçaremos mais adiante, valendo-nos, também, das lições do valoroso jurista brasileiro). E arremata: “De todo o exposto, podemos concluir que equidade significa justiça perfeita, meta ideal do legislador, na elaboração da norma, e do juiz, na aplicação do direito”.⁽²⁵⁾

Neste estudo, propomo-nos a analisar a equidade como instrumento de interpretação e integração de lacunas nos sistemas escritos, como é o brasileiro. Observado o limite estabelecido, parece-nos bastar, para a sua compreensão no que diz respeito à entrega da prestação jurisdicional, o enfoque por dois prismas básicos: julgamento por equidade e julgamento segundo (ou com) a equidade. Sem deixar de ressaltar que a equidade deve ser manejada *secundum legem* e até *praeter legem*, mas nunca *contra legem*.

Antes, porém, faremos incursão, ainda que superficial, pela escola do Direito Livre e pelo pensamento dos que pregam o cognominado “Direito Alternativo”. Depois, é preciso também que estudemos a evolução dos princípios e sua positivação crescente nas Cartas

(22) *Giglio, Wagner D.* “A equidade e o Direito do Trabalho Brasileiro”. Revista LTr, São Paulo: LTr, 39/868.

(23) “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 868.

(24) “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 868.

(25) “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 870.

Constitucionais, o que traduz a própria constitucionalização do Direito Natural, com exigência de concreção de suas diretrizes, para só então nos debruçarmos sobre a equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa, como sugere o título do trabalho, tanto no direito civil como no do trabalho.

3. A EQÜIDADE SOB A ÓTICA DA ESCOLA DO DIREITO LIVRE

Contra a clássica orientação de restrição dos poderes do intérprete aos limites da lei na aplicação e desenvolvimento do direito positivo, surgiu, em diversos países, a escola do direito livre, conforme *Ferrara* “uma nova orientação doutrinal, umas vezes arrojada e outras, mesmo revolucionária, com a qual se vai sustentando que, visto ser a lei defeituosa e insuficiente, toca ao juiz corrigi-la e completá-la, e que nesta função integradora ele pode guiar-se por momentos subjectivos, por apreciações de interesses, pelo seu próprio sentimento, criando no posto e ao lado do direito positivo um direito livre judiciário”.⁽²⁶⁾

Após evolução histórica que, dada a singeleza deste trabalho, deixaremos de reportar, o consagrado professor italiano, assumindo posição frontalmente contrária à defendida pela denominada escola, prega a observância das normas jurídicas, asseverando que a substituição da firmeza dos comandos legais pelo subjetivismo dos juízes criaria um estado perigoso de anarquia e de insegurança jurídica. “Nenhuma autoridade”, pontua, “pode ser obrigada a mais estrita obediência à lei do que a autoridade dos tribunais, que foram estabelecidos justamente para a sua defesa e realização. O juiz que por uma suposta equidade e oportunidade intenta mudar a lei, comete uma violação jurídica”.⁽²⁷⁾

“Porventura” — indaga o autor italiano, apoiado em *Landsberg* — “nos tornamos, com o nosso sentimento de equidade, tão neurasténicos que não sejamos capazes de suportar o rigor indispensável que é a submissão do caso particular à regra jurídica? Será preciso repetir a antiga verdade que o direito foi criado contra o arbítrio subjectivo, chame-se este direito natural ou direito recto, imperativo racional ou estimação de interesses?” E responde, com *Michaelis*: “A tendência para emancipar da lei o juiz não se pode apreciar senão como uma tendência de revolta contra o legislador”.⁽²⁸⁾

Compartilhamos das preocupações do jurista. Mas também não podemos nos conformar com a idéia, apresentada por *Fábio Konder Comparato* como denominador comum,

(26) *Ferrara, Francesco*. “Interpretação e ...”. Ob. cit., pág. 164.

(27) Ob. cit., pág. 167.

(28) Ob. cit., pág. 167.

de que “a ciência jurídica não tem por missão criar o Direito, mas apenas interpretá-lo”. Em aula inaugural do curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 1991, convertida em excelente artigo doutrinário, o insigne professor argumentava que “o exemplo da luminosa *jurisprudencia* romana, ou o labor admirável dos juristas da *equity* inglesa, continuam a desmentir, na memória histórica, essa visão reducionista da função que os jurisconsultos devem exercer na vida social. Se os juristas foram no passado, pelo menos nesses dois momentos privilegiados, autênticos criadores do Direito, por que seriam agora incapazes de reexercer esse papel?”⁽²⁹⁾

Acreditamos, também, na função transformadora da jurisprudência. E, na perspectiva da realidade brasileira, “tão pejada de injustiças, carências e contradições”, não é mesmo possível ousar sustentar “ser a função primacial do jurista, entre nós, a conservação do Direito Positivo, ou a sustentação do *status quo*. As exigências de renovação e mudança se manifestam em todos os quadrantes e abalam todos os conformismos. Urge, portanto, reanalisar em profundidade o valor social da ciência jurídica, em função do drama nacional”.⁽³⁰⁾ Mas sobre o papel que cabe à equidade nesta função transformadora, discorreremos mais adiante, em tópicos específicos.

Entre nós, a discussão da teoria da interpretação e aplicação do Direito assumiu níveis polêmicos — lembra *Comparato* — com o movimento do chamado “direito alternativo”. Independentemente da opinião que tenhamos sobre ele, observa o professor brasileiro, “é impossível negar que os propugnadores desse novo critério de solução judicial de litígios colocaram a questão da interpretação da lei no terreno que lhe é próprio e de onde nunca deveria ter sido alijada: o político”.⁽³¹⁾ Mas façamos, então, uma análise, ainda que superficial, do chamado “direito alternativo” que, do que se infere, afigura-se um desdobramento da escola do direito livre, com a qual identifica-se em diversos pontos.

3.1. Existe Direito Alternativo?

“Que Direito Alternativo?” Sob este título, na forma de provocativa indagação, *Luiz Sérgio Fernandes de Souza* desenvolve trabalho no qual, reconhecendo a inexistência geral de neutralidade axiológica, tenta descobrir se o denominado “direito alternativo” implica “a negação da lei, numa prescindência baseada em critérios de justiça não necessariamente ligados à racionalidade do ordenamento jurídico vigente” ou se “este direito ‘não conven-

(29) *Comparato*, Fábio Konder. “Função Social do jurista no Brasil contemporâneo”. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, ano 80, ago. 1991, vol. 670, pág. 9.

(30) “Função social ...”. Ob. cit., pág. 10.

(31) “Função social ...”. Ob. cit., pág. 11.

cional’ busca apenas uma leitura diversa das leis existentes”.⁽³²⁾

Salientando que “para alguns, o ‘direito alternativo’ não afasta a hipótese da negação peremptória da norma, numa referência muito clara ao chamado ‘direito livre’ e, também, de certa forma, ao jusnaturalismo”, o autor realça que “as teses jusnaturalistas podem parecer simpáticas, mas são tão perigosas quanto envolventes, porque arbitrárias”.⁽³³⁾ E, lembrando *Bobbio* ao retomar a clássica discussão que remonta a *Aristóteles (Política)* e *Platão (A república)*, a respeito do governo dos homens e do governo das leis, sublinha que “o governo das leis (...) justifica-se pela falta de confiança nos homens”.⁽³⁴⁾

Com propriedade, argumenta *Luiz Sérgio Fernandes de Souza* que “uma das regras do jogo democrático brasileiro é a clássica tripartição de poderes, onde ao Legislativo cabe editar normas gerais e abstratas, enquanto ao Judiciário compete aplicar tais normas ao caso concreto, por meio de outras normas, estas individuais e concretas. É óbvio que esta operação não se dá por meio de uma simples subsunção lógica. Nem mesmo *Kelsen* ousou sustentar uma tal posição. Contudo, daí a refutar a norma geral, quando esta se afigurar injusta ao aplicador, vai uma grande distância”. Afinal, pondera, “o juiz não é nenhum semideus, capaz de conhecer uma verdade não acessível ao comum dos homens”.⁽³⁵⁾

“Se o juiz tomasse para si a função de legislar, qual seria, então, o sentido de manter-se o poder legislativo?”, indaga, em outro trecho, invocando ensinamentos de *Fábio Konder Comparato*, expressos em artigo por nós também consultado e já referido. Aliás, conveniente retomar, aqui, as lições do festejado jurista, que após afirmar que a atribuição de dizer o Direito é, em qualquer sociedade, um atributo de poder, lembra que, “no regime do Estado de Direito, não há poder que possa ser exercido fora da lei”, observando, mais adiante, que o conceito de “Estado de Direito” não se confunde com o de “Estado democrático”.⁽³⁶⁾

Assinalando que “os órgãos estatais incumbidos de aplicar a lei — a Administração Pública e o Judiciário — não podem, portanto, substituir a *ratio legis* pela sua vontade particular”, Comparato pondera que, “sem dúvida, a reivindicação dos adeptos do ‘direito alternativo’, de que o juiz possa fazer justiça no caso concreto *apesar da lei*, é compreensível no ambiente de extensa e profunda injustiça em que banha a sociedade brasileira. O

(32) *Souza, Luiz Sérgio Fernandes de*. “Que Direito Alternativo?”. In: Di Giorgi, B.; Campilongo, C. F.; Piovesan, F. (coord.). “Direito, cidadania e justiça”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pág. 200.

(33) Ob. cit., pág. 201.

(34) Ob. cit., pág. 202.

(35) Ob. cit., pág. 203.

(36) *Comparato, Fábio Konder*. “Função ...”. Ob. cit., pág. 11.

que se desconhece, porém, com essa proposta, é o fato elementar de que tudo vai depender da correlação de forças no seio do próprio Judiciário, transformado assim em arena política aberta”⁽³⁷⁾. Suscita, em seguida, uma série de questionamentos:

“— Quem garantiria ao povo que a totalidade ou, pelo menos, a maioria dos juízes interpretaria o Direito — além e acima das leis — de acordo com os efetivos interesses populares? E qual o título de legitimação do Judiciário para se arrogar esse poder, se os juízes não são eleitos nem fiscalizados pelo povo? — O princípio absoluto da justiça do caso concreto compensaria a quebra de uniformidade do sistema, abolindo a certeza na aplicação do Direito e, por conseguinte, a sua previsibilidade? — Por outro lado, se um dos Poderes da República é constitucionalmente autorizado a desvincular-se das leis, por que não poderia sê-lo, da mesma forma, o Governo, cujo chefe, aliás, é tradicionalmente escolhido em eleição popular? — E qual a vantagem de se manter, em semelhante sistema, um órgão legislativo, se as leis deixam de ser vinculantes? — Por acaso a complexidade da vida moderna e a dimensão das atuais sociedades nacionais seriam compatíveis com um sistema jurídico destituído de normas gerais, previamente promulgadas ou publicamente reconhecidas?”⁽³⁸⁾

Na esteira de tais objeções, *Luiz Sérgio Fernandes de Souza* é da opinião que “é preciso desnudar a falsificação da justiça igualitária no contexto da espoliação capitalista, mitigando, na interpretação, os efeitos perversos da lei. Isto não implica dizer que a norma legal é letra morta”. E provoca: “Quem teria assinado a sua sentença de morte? O juiz, acaso? Crê-se que não”⁽³⁹⁾. Concordamos inteiramente com o autor.

A moderna teoria do Direito, como constata *Souza*, explorando análises semânticas e pragmáticas, procura ultrapassar o reducionismo dos que crêem no mito da neutralidade científica, crença que — para ele, como para nós — em boa hora foi superada pelas Ciências Sociais. “E, com esta superação, não se há de falar, propriamente, em um ‘direito alternativo’, mas no direito mesmo, sem adjetivações”⁽⁴⁰⁾, sentencia.

Reportando-se a um “direito vivo, retificável” — como deve ser o Direito —, num contexto de politização que envolve não somente juízes, endereçados das argumentações

(37) “Função ...”. Ob. cit., pág. 11.

(38) “Função ...”. Ob. cit., pág. 11.

(39) *Souza, Luiz Sérgio Fernandes de*. Ob. cit., pág. 204.

(40) Ob. cit., pág. 205.

jurídicas, “mas os corpos intermediários”, bem como a atuação dos professores, “imprescindível para a construção de um saber jurídico crítico e retificável”⁽⁴¹⁾, observa *Souza* que a expressão “alternativo”, entretanto, “mais que ociosa, gera ambigüidade, levando para o campo ideológico uma controvérsia meramente verbal”, além do que “não cabe ao julgador, sistematicamente, colocar a mão em um dos pratos da balança...”⁽⁴²⁾.

Iríamos mais longe: Não existe Direito que possa ser rotulado “alternativo”. Se contrapor-se rasgada e atrevidamente às normas, não é Direito, ao passo que, se por “alternativo” se entender aquele Direito derivado de interpretação finalística, teleológica, ou mesmo aquele integrador de lacunas existentes no ordenamento jurídico, a adjetivação é perfeitamente dispensável. Isto não representaria senão a formulação do julgamento proferido “segundo” (com) equidade, na primeira hipótese, pois, como lembrado por *Alexy*, “as formas teleológicas abrem campo para a argumentação prática geral”⁽⁴³⁾, ou “por” equidade, no segundo caso, o que será objeto do nosso estudo.

4. A EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS: O FIM DO MITO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DAS CONSTITUIÇÕES

Qual seria, então, a utilidade da equidade? A certeza das normas em razão de diretrizes objetivas do progresso científico a teriam transformando num conceito inútil, como apontam — segundo *Miguel Reale* — alguns autores? — Não, de maneira nenhuma. Com o consagrado jusfilósofo, pensamos que a equidade, como critério exegético ou elemento de integração normativa, tem papel preponderante na distribuição da Justiça. É inegável, porém, que no afã de superar a antinomia entre o positivismo e o jusnaturalismo, teve início — primeiro nas legislações infraconstitucionais e, por último, nos próprios textos fundamentais — uma onda crescente de positivação de princípios.

Hoje, na era já cognominada do pós-positivismo, se tem como assente que os princípios são normas que não prescindem de concreção jurídica. Ou seja: muito do que antes se invocava como verdade decorrente do Direito Natural, hoje encontra-se positivado nas Cartas Constitucionais, mas não apenas como conteúdo programático, mas com carga de normatividade intensa. A ponto de se reconhecer estar superado o mito da neutralidade axiológica dos textos constitucionais, vez que estes contêm normas (gênero), das quais são

(41) Ob. cit., pág. 206.

(42) Ob. cit., pág. 207.

(43) *Alexy, Robert*. “Teoria da argumentação jurídica”. Trad. Silva, Zilda Hutchinson Schild, São Paulo: Landy, 2001, pág. 237.

espécies os princípios e as regras, aqueles numa posição hierarquicamente superior.

Foi assim que, por exemplo, buscando a superação do conflito entre o positivismo e o direito natural, a Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, no seu artigo 1º, 1, estabeleceu, como “valores superiores”, a justiça, a igualdade, a liberdade e o pluralismo político.⁽⁴⁴⁾ *Gregorio Peces-Barba* salienta, por sinal, que a expressão — valores superiores — não é comum no Direito comparado. O primeiro texto que o utilizou — explica — foi o espanhol, a despeito de a jurisprudência da República Alemã ter construído um sistema de valores, deduzindo-os do ordenamento constitucional.

Segundo referido autor, a finalidade do constituinte espanhol ao identificar os denominados “valores superiores” foi “señalar los objetivos máximos a realizar por el Derecho, como objetivos éticos. Es decir, se trata de superar el formalismo ético consistente en afirmar que todo Derecho regularmente creado es justo (cuando hablo de ‘regularmente creado’ quiero decir por el órgano competente habilitado para ello), introduciendo estos criterios materiales, expresión del máximo acuerdo y consenso social.”⁽⁴⁵⁾

“Al mismo tiempo”, prossegue *Peces-Barba*, “esse carácter histórico-racional evita caer en posiciones iusnaturalistas, a las que hubiera conducido, por ejemplo, la utilización del término ‘principio’ en el artículo 1º, que hubiera sugerido la existencia de unos conceptos *a priori* que el Derecho positivo tenía que garantizar. Ciertamente ahora se intenta flexibilizar el concepto de Derecho natural haciéndolo compatible con posiciones como las que aquí defendemos, pero, me parece, el término tiene, además de un pasado glorioso, unas connotaciones más concretas que desdibujan y aconsejan abandonarlo.”⁽⁴⁶⁾

Constatando, mais adiante, que os valores superiores são a cabeça da Constituição material⁽⁴⁷⁾, sentencia o jurista: “El artículo 1º-1 expresa el esfuerzo por superar el positivismo que se cierra ea consideraciones éticas de contenido y que, en el plano moral, sólo hace metaética, y al mismo tiempo no quiere expresar sus criterios éticos con lenguaje iusnaturalista. Creo que en esse planteamiento está la explicación última de la utilización del término ‘valores superiores’.”⁽⁴⁸⁾

(44) “Artigo 1º, 1 — A Espanha constituiu-se em Estado social e democrático de direito, que afirma como *valores superiores* do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”. Cf. *Tavares, André Ramos*. “Tratado da Arguição de Preceito Fundamental”, São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 128. A estes, conforme o professor *André Ramos Tavares*, se somariam os demais valores superiores, de natureza formal: a soberania popular e o princípio do Estado de Direito. Ob. cit., págs. 141-142.

(45) *Peces-Barba, Gregorio*. “Los Valores Superiores”, Madrid: Tecnos, 1986, pág. 51.

(46) *Peces-Barba, Gregorio*. “Los Valores ...”. Ob. cit., págs. 51-52.

(47) Ob. cit., pág. 89.

(48) Ob. cit., pág. 52.

Ressaltando que “a quase-totalidade dos sistemas constitucionais — senão todos — tem incorporado expressamente determinados valores, que passaram a permear todas as demais leis e atos normativos estatais, sob pena de se atribuir a estes a pecha de ilegitimidade”, afirma *André Ramos Tavares* que “o acolhimento de valores fez com que se desmitificasse a neutralidade axiológica da Constituição, que vinha sendo apontada pela doutrina”. Apoiando-se em *Crisafulli* (“I Principi Costituzionali dell’Interpretazione ed Applicazione delle Leggi”, Padova: CEDAM, 1939, pág. 18, *apud Usera*, “Interpretación Constitucional y Fórmula Política”, pág. 151), o professor brasileiro observa que “os princípios constitucionais, que até então eram meras pautas dogmáticas ou científicas, são convertidos em Direito positivo, com plena eficácia normativa”.⁽⁴⁹⁾ Ou, nas palavras de *Usera*, também citado por *Tavares*, “a inovação consiste, pois, na declaração formal que uma Constituição realiza de sua inspiração ideológica”.⁽⁵⁰⁾

4.1. O excelente estudo de Paulo Bonavides sobre a evolução e normatividade dos princípios: a fase do pós-positivismo

Parece não haver dúvida, pois, que os princípios gerais do Direito foram sendo, ao longo do tempo, positivados nas Constituições, de início como norte meramente programático, mas, depois, com carga de normatividade intensa, exigindo concreção. Ao discorrer sobre essa evolução, *Paulo Bonavides* identifica na normatividade, “o traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios”.⁽⁵¹⁾ Compartilhamos a opinião do autor de que a carência da normatividade dos princípios era “o entendimento a que se abraçava a velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável”.⁽⁵²⁾

A juridicidade dos princípios, ensina *Bonavides*, passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, a mais antiga e tradicional, a normatividade dos princípios é nula e duvidosa, contrastando “com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”.⁽⁵³⁾ Fazendo referência a *Bobbio*, *Bonavides* anota que, “por volta de 1880, um artigo de *Vitorio Scialoja* marcava o momento culminante da ascensão positivista, mediante uma certa desconfiança votada à equidade, a par de extrema e rígida confiança consagrada às leis, expressão ainda,

(49) *Tavares, André Ramos*. “Tratado da Arguição de Preceito Fundamental”, São Paulo: Saraiva, 2001, págs. 127-128.

(50) *Usera, Raúl Canosa*. “Interpretación Constitucional y Fórmula Política”, pág. 151, t.a., *apud Tavares, André Ramos*. “Tratado da Arguição de Preceito Fundamental”, São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 128.

(51) *Bonavides, Paulo*. “Curso de Direito Constitucional”, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pág. 230.

(52) Ob. cit., pág. 232.

(53) Ob. cit., pág. 232.

ao nosso ver, de um culto da autoridade e dos Códigos”.⁽⁵⁴⁾

Com o positivismo jurídico, ocorre o ingresso dos princípios nos Códigos e na legislação infraconstitucional como um todo, na condição de fonte normativa subsidiária. Contudo, como pondera o constitucionalista brasileiro, “o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.⁽⁵⁵⁾

Na terceira fase, a do pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito. Corresponde referida fase, segundo *Bonavides*, “aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século” (referindo-se, obviamente, ao século XX). Conforme o autor, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁽⁵⁶⁾

Arremata *Bonavides*, de forma absolutamente lúcida: “É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por *Dworkin*, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.”⁽⁵⁷⁾

Identificando em *Jean Boulanger* “o mais insigne precursor da normatividade dos princípios”⁽⁵⁸⁾, *Bonavides* acentua que os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios. Em outras palavras: as *normas* constituem gênero, do qual fazem parte as *regras* e os *princípios*.⁽⁵⁹⁾ Obtempera que *Crisafulli* não hesita “em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra (...) de determinados comportamentos públicos ou privados”.⁽⁶⁰⁾

Bonavides atribui a construção doutrinária da normatividade dos princípios, em grande

(54) Ob. cit., pág. 233.

(55) Ob. cit., pág. 236.

(56) Ob. cit., pág. 237.

(57) *Bonavides, Paulo*. Ob. cit., pág. 237.

(58) Ob. cit., pág. 239.

(59) O próprio *Bonavides* esclarece, mais adiante, em sua obra, que “pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra” (ob. cit., pág. 248). Esta também a classificação adotada por *André Ramos Tavares*. Recomendável, a propósito, a leitura, no Capítulo II (Dos Preceitos Fundamentais), do item 2 (Das normas, princípios e regras: um imprescindível esclarecimento terminológico preliminar) da obra do insigne professor. *Tavares, André Ramos*. “Tratado da Arguição de Preceito Fundamental”, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, págs. 106-112.

(60) *Bonavides, Paulo*. Ob. cit., pág. 245.

parte, ao empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, na tentativa de encontrarem “um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo”.⁽⁶¹⁾ Esta, definitivamente, parece-nos ter sido a gênese desta nova característica da qual revestem-se atualmente os princípios, tendo sido válidos os esforços despendidos no sentido de sobrepujar as contradições entre as duas correntes, de tal sorte que não hesitamos, com *Bonavides*⁽⁶²⁾, em afirmar que também a jurisprudência dos princípios, enquanto “jurisprudência dos valores”, domina a idade do pós-positivismo.

Pelas razões até aqui expostas, é possível concluir que, quem decepa um princípio — seja o legislador, na formulação das leis, ou o juiz, na interpretação dada ao caso concreto — “arranca as raízes da árvore jurídica”⁽⁶³⁾. Para nós, como para *Bonavides*, está demonstrado o “reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”.⁽⁶⁴⁾

Cotejando os princípios gerais de direito de outrora e os de agora, conclui *Bonavides* que “dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade”, ao passo que “doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem; os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância”.⁽⁶⁵⁾

Complementando, de forma brilhante, a lição: “As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valorização normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade”.⁽⁶⁶⁾

(61) Ob. cit., pág. 247.

(62) Ob. cit., pág. 256.

(63) Ob. cit., pág. 259.

(64) *Bonavides, Paulo*. Ob. cit., pág. 259.

(65) Ob. cit., pág. 263.

(66) Ob. cit., pág. 264.

Finalmente, sintetizando o seu profícuo estudo a respeito da evolução dos princípios, o eminente constitucionalista brasileiro apresenta conclusões que nos parecem irrefutáveis: “a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios”.⁽⁶⁷⁾

Entre os juristas brasileiros que proclamaram a normatividade dos princípios, na mesma linha filosófica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição, *Bonavides* destaca *Eros Roberto Grau*. Considera significativa também, no Direito Português, a posição de *Jorge Miranda*. De nossa parte, encampamos as lições transcritas, por acreditarmos que elas realmente expressam a posição de relevo conferida aos princípios no Direito contemporâneo, com uma visão que facilita, até, a compreensão da dimensão e da importância da equidade como forma de interpretação e integração normativa.

5. O MANEJO DA EQUIDADE POSSIBILITA O JULGAMENTO *CONTRA LEGEM*?

Sendo suficientes para o estudo proposto as considerações até aqui expendidas sobre o novo *status* conferido aos princípios, parece-nos apropriado ingressar, de forma definitiva, no exame da equidade. Na era do pós-positivismo em que nos encontramos, a equidade deixa de pertencer simplesmente ao plano metajurídico e incorpora-se, definitivamente, nos ordenamentos jurídicos modernos, como componente ético-valorativo a ser manejado pelo intérprete na análise dos casos concretos, seja para suprir lacunas existentes ou mesmo para ajustar a letra fria da lei — realizando interpretação finalística, teleológica, sem

(67) *Bonavides, Paulo*. Ob. cit., pág. 265.

contrariá-la, frise-se — à hipótese sob análise (a utilização do método indutivo, partindo do caso concreto para sua subsunção à norma, não invalida a necessidade de dar interpretação adequada à última, é bom que se diga).

Tudo isto só se torna possível, é necessário reconhecer, à vista do esforço conjunto da Filosofia, da Teoria Geral do Direito e do próprio Direito em encontrar caminhos de concreção de ideais maiores de Justiça. Não é à toa, pois, que *Miguel Reale*, que desde 1940 vem desenvolvendo a sua teoria tridimensional (de início sem a nomenclatura ora utilizada), empresta ao Direito caráter fático-axiológico-normativo (fato, valor e norma). Segundo ele, sua teoria distingue-se das demais por ser *concreta e dinâmica*, isto é, por afirmar — além de inúmeros outros pontos que permeiam sua concepção do tridimensionalismo — que:

“a) *Fato, valor e norma* estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (*tridimensionalidade como requisito essencial ao direito*).

b) A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*).”⁽⁶⁸⁾

Em decorrência dessa evolução, natural que o operador do Direito — como lembra, com propriedade, em outro trabalho de sua lavra, o respeitável *Miguel Reale*, referindo-se, especificamente, ao Direito do Trabalho — “procure obedecer a critérios eqüitativos para a atualização da lei, não para contrariá-la, mas antes para realizá-la em sua plenitude e concreção, segundo a raiz de seu ditame, e não segundo os elementos formais que a ocultam ou a enrijecem”.⁽⁶⁹⁾

Mas por que não julgar até mesmo *contra legem*, se ao juiz parecer mais justo o resultado? Além das objeções que *Comparato* considera fundamentais (por nós transcritas

(68) *Reale, Miguel*. “Teoria Tridimensional do Direito”, 5ª ed., rev. e reestr., 5ª tir., São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 57.

(69) “A Eqüidade ...”. Ob. cit., pág. 13.

no item em que tratamos do denominado “Direito Alternativo”), outras não menos importantes já foram lançadas. O grande jurisconsulto português *Manuel de Andrade*, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, em sua dissertação de doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas, destaca:

“A vida e o espírito postulam um direito recto (*richtig*), quer dizer, justo e oportuno: um direito que harmonize a pura justiça que valora e julga a realidade existente, aspirando a estruturá-la segundo um modelo ideal, com o efectivo e relativo condicionalismo dessa mesma realidade, — um direito, no fim de contas, que estabeleça a justiça do *possível* ou a possível justiça. Mas por outro lado a vida pede também, e *antes de tudo*, segurança, e portanto um direito certo, ainda que seja menos recto. A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das conseqüências dos seus actos, saber quais os bens que a ordem jurídica lhe garante, traçar e executar os seus planos de futuro.

Não será demais sublinhar, ainda uma vez, que a certeza do direito sobreleva à rectidão. Porque a vida contenta-se melhor com um direito certo, embora com menos possibilidades de ser recto, do que com um direito que lhe ofereça largas virtualidades de rectidão, mas só à custa de menos certeza. (...)

O ideal seria que o direito fosse sumamente certo sem deixar de ser também sumamente recto. Mas este ideal é inacessível, tanto para a política e para a técnica legislativa como para a ciência jurídica (...). O objectivo que se deve pretender será pois tão-somente que o direito seja certo sem grave detrimento da sua rectidão ou recto sem grande prejuízo para a sua certeza. E a melhor teoria da interpretação será portanto aquela por via da qual o direito legislado mais completamente realize nas duas doses óptimas, nas proporções exactas, esta fórmula de combinação ou equilíbrio entre a certeza e a rectidão, cumprindo todavia não esquecer que, num dado grau, o primeiro requisito prevalece ao segundo.”⁽⁷⁰⁾

Ferrara, em obra traduzida pelo jurista português mencionado, estabelece distinção entre o desvio *intencional* e o desvio *inconsciente* do sentido da lei, o último decorrente de eventual engano do juiz acerca do valor da disposição, ao ver-se induzido a concebê-

(70) *Andrade, Manuel A. Domingues de*. “Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis”, 3ª ed., Coimbra: Arménio Amado — Editor, Sucessor, 1978, págs. 54-56.

la no sentido que lhe parece mais conforme. Mas se isto é inevitável, assevera, “não é justificado, porém, que se vá passar ao juiz um salvo-conduto teórico para a violação da lei”.⁽⁷¹⁾ Vai mais além o autor italiano:

“Decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e de equidade, e de aplicar leis *más*. Tal é, porém, o seu dever de ofício. Na reforma das leis, na produção do direito novo pensam outros órgãos do Estado: ele não tem competência para isso.

Só com esta condição se pode alcançar aquela objectiva segurança jurídica que é o bem mais alto da vida moderna, bem que deve preferir-se a uma hipotética protecção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do carácter, ou das paixões do indivíduo. Esta é a força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas esta é também a sua fraqueza, a qual nós devemos pagar, se queremos obter a inestimável vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito.”⁽⁷²⁾

Com razão se tem dito — observa *Felix M. Calvo Vidal*, na mesma linha de pensamento — “que el Derecho no puede depender de la mala digestión o del disgusto familiar que há sufrido el juzgador. La actividad del jurisconsulto y del juez pueden crear Derecho siempre que se sedimenten ciertos criterios objetivos de decisión; en outro caso, dominaria la arbitrariedad y la variabilidad, rasgos mismos opuestos a la esencia misma del Derecho. Ni aún en los sistemas anglosajones faltan esos criterios objetivos de decisión, con la fuerza del antecedente y de las ‘rules of law’. Como há expressado *De Page* ‘La mejor ley es la que deja la menor libertad al juez; el mejor juez es el que saca el menor número de apreciaciones personales’”.⁽⁷³⁾

No artigo a que nos reportamos anteriormente, *Wagner Giglio* diz que, “se, porventura, a correta interpretação da norma acarretar solução iníqua para o caso concreto, levando ao impasse do *summum jus, summa injuria*, de duas, uma: ou a norma é intrinsecamente injusta, e deve ser revogada; ou foi mal adaptada aos fatos, e outro é o preceito legal que melhor os regula. Nesta última hipótese, houve erro na aplicação do direito (...); na primeira, o defeito é da lei, mas nem por isso será possível deixar de aplicá-la, pois a estabilidade

(71) *Ferrara, Francesco*. “Interpretação e ...”. Ob. cit., pág. 171.

(72) Ob. cit., pág. 174.

(73) *Vidal, Felix M. Calvo*. “La Jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho?”, Valladolid: Lex Nova, 1992, pág. 113.

social depende, no mundo contemporâneo, do cumprimento das leis. Se ficasse ao arbítrio do juiz deixar de aplicar lei por considerá-la injusta, subverter-se-ia toda a estrutura jurídica do mundo moderno, e o caos daí resultante seria um mal infinitamente maior do que a injustiça praticada em um caso concreto, por mais lamentáveis que fossem suas consequências”.⁽⁷⁴⁾

Com efeito, não é admissível o entendimento de que, valendo-se da equidade, poderia o juiz decidir *contra legem*, pois isto importaria até mesmo na quebra do juramento a que nos referimos no início deste trabalho. Partindo da visão aristotélica de “justiça do caso concreto”, a equidade pode — e deve — ser sempre utilizada pelo juiz, como instrumento válido e necessário de interpretação, dada a generalidade e abstração da norma, não no sentido de modificá-la, mas de subsumir o caso particular a ela, de molde a propiciar a solução mais justa possível. É o julgamento *secundum legem*, derivado de uma interpretação teleológica, finalística. Por outro lado, no preenchimento de lacunas, admissível é que o juiz decida até *praeter legem*, ou seja, fora dos estritos limites previstos na norma, quando o caso particular nela não encontrar resposta. Ou seja: a equidade opera em dois sentidos: interpretação e integração de lacunas.

6. DECIDIR POR OU SEGUNDO A (COM) EQUIDADE

Apesar das objeções aos adeptos do “direito alternativo”, *Fábio Konder Comparato* diz, com razão, não ser possível tratar com desdém o problema social ressaltado pelo movimento, que é extremamente sério. O importante, segundo ele, em vez de suprimir o princípio da legalidade, com inegável retrocesso inerente à abolição do Estado de Direito, é retomar a questão sobre novas bases. Sugere que “poder-se-ia pensar, p. ex., na transformação do julgamento por equidade em princípio geral de Direito judiciário”.⁽⁷⁵⁾

No respeitante ao processo civil brasileiro, ventila o autor a possibilidade de substituir-se a norma do artigo 127 do CPC (que diz que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei) por algo como “o juiz está sempre autorizado a decidir por equidade, quando uma das partes encontrar-se em situação de grave carência econômico-social, conforme for definido em lei”.⁽⁷⁶⁾

Na verdade, pela nossa ótica, referido autor apresentou duas fórmulas. Em ambas,

(74) *Giglio, Wagner D.* “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 869.

(75) *Comparato, Fábio Konder.* “Função Social ...”. Ob. cit., pág. 11.

(76) “Função Social ...”. Ob. cit., pág. 11.

haveria autorização legal para o juiz decidir por equidade, mas, na primeira, de forma irrestrita, ao passo que, na segunda, com campo mais amplo do que o atual mas também limitado pela exigência de que a equidade só fosse empregada quando uma das partes apresentasse grave carência econômico-social (conceito vago, sujeito a ser disciplinado também por lei).

De qualquer modo, deixando o terreno virtual para retomar a realidade, é possível asseverar que **por** equidade o juiz deve decidir apenas quando houver necessidade de integração das lacunas normativas. Já **segundo** a equidade, ou **com** equidade, como prefere *Giglio*, deve decidir sempre, agindo no campo de interpretação das normas, seja no âmbito do processo civil ou no do trabalho, como se verá. Mas qual seria a distinção entre as duas vertentes, apta a autorizar tratamento tão diferenciado?

Primeiramente, é preciso dizer que a integração não se confunde com a interpretação. A interpretação, conforme assinala *Celso Ribeiro Bastos*, “faz-se sempre necessária, já a integração só o é quando se está diante de um vazio normativo”. E explica: “A interpretação dá-se dentro do campo normativo. Trata-se de extrair a significação do preceito normativo diante de uma hipótese por ele regulada. Já na integração busca-se encontrar uma solução normativa para uma hipótese que não se encontra regulada pela lei.”⁽⁷⁷⁾

Julgar por equidade significa criar a norma para o caso concreto. Isto ocorre, como ensina *Miguel Reale*, “quando há efetivamente lacuna no sistema, e dada a natureza do caso, impõe-se que a sua integração se faça por equidade; a equidade, nessa circunstância, dá origem ao *direito do caso particular*, preenchendo a lacuna”.⁽⁷⁸⁾ Arremata, mais adiante, o jurista: “Na realidade, o que se dá, na hipótese de preenchimento de lacuna, é o emprego da equidade para elaborar-se o ‘modelo normativo’ adequado ao caso particular, o que, repito, só é admissível *praeter legem*, e jamais *contra legem*”.⁽⁷⁹⁾

São de rara incidência as hipóteses em que ao juiz é permitido julgar por equidade, mesmo nas relações individuais reguladas pelo Direito do Trabalho. E tudo para evitar, como já dito, que as decisões judiciais oscilem ao sabor de interesses — por mais legítimos que se afigurem — de quem quer que seja ou de acordo com o humor dos magistrados, gerando indesejável instabilidade jurídica.

Na sociedade moderna, adverte *Wagner Giglio*, “a estabilidade das relações sociais

(77) *Bastos, Celso Ribeiro*. “Hermenêutica e interpretação constitucional”, 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pág. 80.

(78) *Reale, Miguel*. “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 12.

(79) “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 16.

não sobreviveria a esse amplo arbítrio do juiz, pois o instinto de cada um é variável, e a intuição do justo é critério inaceitável, pela sua subjetividade e indeterminação. Os imperativos de estabilidade e segurança das relações sociais exigem a coibição do arbítrio do julgador, e daí preverem os sistemas jurídicos contemporâneos critérios menos elásticos para suprimimento de lacunas da lei escrita: usos e costumes, analogia, direito comparado, jurisprudência, doutrina e princípios gerais de direito”.⁽⁸⁰⁾

Sobre a questão, *Floriano Correa Vaz da Silva*, em trabalho apresentado ao V Congresso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, em Ciudad de México, em setembro de 1974, bem lembrou: “Muitos litigantes diziam, na França, antes da revolução: ‘Deus nos livre da equidade!’ Além destas críticas partidas do povo, daqueles que se sentiam prejudicados pela arbitrariedade dos juízes, houve também críticas no terreno filosófico ...”.⁽⁸¹⁾

Para não se chegar a situações extremas como a ocorrida na França séculos atrás, é que o recurso à equidade para criar a Justiça do caso particular deve ocorrer de forma supletiva, apenas em casos em que o ordenamento jurídico mostre-se incompleto, sem norma capaz de ajustar-se à situação concreta. De qualquer modo, na era do pós-positivismo, de normatividade dos princípios, o campo de incidência do julgamento **por** equidade ficou ainda mais restrito.

Como acentua *Bergel*, com apoio em *Boulanger*, “os princípios gerais, no sentido lato, constituem o arcabouço do pensamento jurídico e desempenham importante papel na interpretação da lei. O juiz se refere a eles para determinar o sentido dos textos obscuros ou ambíguos. Se a regra é analisada como uma derrogação do princípio, ele deve dar-lhe uma interpretação estrita. Mas a incidência dos princípios gerais é ainda maior quando se trata de preencher um vazio jurídico. O art. 4º do Código Civil impõe ao juiz julgar, sob pena de denegação de justiça, as situações jurídicas que lhe são submetidas. Em caso de silêncio ou de insuficiência da lei, é à luz dos princípios gerais que ele descobre a solução. Mas, uma vez consagrados e aplicados pela jurisprudência, em geral aguilhoada pela doutrina, os princípios gerais e as soluções estabelecidos servem de sustentação para outras construções jurídicas e participam da criação de novas regras de direito, portanto da evolução do sistema jurídico”.⁽⁸²⁾

(80) Giglio, *Wagner D.* “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 868.

(81) *Silva, Floriano Correa Vaz da.* “A Equidade e o Direito do Trabalho”. Revista LTr. São Paulo: LTr, 38/916.

(82) *Bergel, Jean-Louis.* “Teoria Geral do Direito”. Trad. Galvão, Maria Ermantina, São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág. 120.

A nosso ver, com os princípios ocupando espaço nos textos escritos das Constituições, deixando de ser meramente programáticos para exigir concreção, quando deles se socorre o magistrado, ainda que para negar eficácia a regra infraconstitucional, não estará fora do sistema. Ou seja, se os princípios, como as regras, são espécies de gênero norma, dada a preeminência daqueles sobre estas, ainda que recorra a eles para derrogar as últimas, estará o juiz atuando no âmbito interno do ordenamento jurídico. Estará, pois, julgando segundo a equidade, e não por equidade. E mais: não estará, em absoluto, decidindo *contra legem*, mas de conformidade com norma (princípio) posicionada no vértice da pirâmide, que o autoriza, por exemplo, no exercício do controle difuso, a declarar a inconstitucionalidade de regra que com ela se revele desconforme.

Délio Maranhão, em texto atualizado por João de Lima Teixeira Filho, já reconhecia que o direito progrediu e “muitas das soluções ditadas, antes, pela equidade, foram absorvidas pelo próprio direito e passaram a ser ‘legais’”. Não compartilhamos o entendimento do referido autor quando diz que a equidade perdeu importância no direito atual. Ele próprio, porém, apoiando-se em valiosas lições de *De Page*, contemporiza:

“(…) se a função própria da equidade foi atenuada pelo progresso do direito, isto não quer dizer que seu ‘espírito’ não se encontre no direito contemporâneo. ‘O direito deve ser, ainda hoje, aplicado humanamente, com bom senso, e na justa medida’. A teoria do abuso dos direitos, por exemplo, é uma das manifestações mais notáveis do princípio de equidade em nossa época.

Levar o juiz em conta, na aplicação da lei, as circunstâncias do caso concreto, ajustar a lei à espécie, aplicá-la humanamente; decidir, enfim, *com equidade*, dentro dos limites da norma é função legítima do julgador. O que lhe não será possível é negar aplicação à lei, por considerá-la injusta. Como adverte *De Page*, não se deve *refazer* o direito sob pretexto de equidade. ‘Esta, infelizmente, a tendência demasiado freqüente de certos juristas que, na verdade, ignoram o direito e pretendem remediar essa ignorância recorrendo à equidade... A equidade deve ser uma ambiência, uma atmosfera. Não é um fim em si mesma, mas um *meio*. Deve ser manejada por mãos de artistas, por juristas que conheçam o direito *tout court*, e não por aqueles que o ignorem e tentem suprir suas próprias deficiências por uma equidade que não é, em realidade, senão uma concepção primária. Em uma época em que, historicamente, o próprio direito positivo é fortemente temperado pela equidade, esta há de ser a

última ratio em circunstâncias excepcionais, um poder *moderador*. Não pode jamais constituir pretexto para o sentimentalismo ou generosidade'. A equidade funciona, pois, normalmente, como um guia do juiz na interpretação e aplicação da lei. Não é fonte de direito".⁽⁸³⁾

Enxergando a equidade também como critério de exegese, *Miguel Reale* diz que, nesse sentido, ela "opera como um critério básico de orientação hermenêutica, atendendo à *natureza das coisas* e, mais especificamente, à particularidade de cada caso. Não há, nesta hipótese, carência de norma, *nem se pode falar em lacuna no sistema*: o que se dá apenas é uma desconformidade entre a abstração da norma e os característicos do caso particular, impondo-se que aquela se adeqüe às exigências ético-jurídicas daquilo que é peculiar. Estamos, pois, diante de um princípio norteador do processo interpretativo, de natureza corretiva e adaptadora, para alcançar a *justiça do caso particular*".⁽⁸⁴⁾

Com a devida vênia, pensamos que o julgamento segundo a equidade (ou com equidade) não autoriza a correção e adaptação da norma pelo intérprete. A missão do julgador, conforme *Giglio*, compreende três etapas: "assenhorar-se dos fatos, interpretar as normas jurídicas e aplicar o direito. A primeira é cumprida através da colheita e análise da prova; a segunda, pela utilização de métodos e técnicas; e a terceira, conclusiva, pela escolha da norma que melhor regule a situação concreta".⁽⁸⁵⁾ A opção, no caso, é pelo método indutivo, que nos parece ser o correto. Obviamente, como visto, numa fase intermediária se dará a interpretação e é, precisamente nesta fase, que se buscará a vontade — e não sua correção — da norma jurídica, sendo que, na etapa seguinte é que se promoverá a adequação, resultando daí julgamento proferido segundo a equidade.

Não se está aqui, é certo, fazendo apologia de interpretação meramente gramatical. *Ferrara* já advertia que a interpretação puramente literal, com a reconstrução do pensamento legislativo através das palavras da lei, na sua conexão lingüística e estilística, "é o grau mais baixo, a forma inicial da actividade interpretativa", pois "o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à *mens legis*, é preciso sujeitá-lo à crítica e a controlo".⁽⁸⁶⁾ Também não se quer apenas uma interpretação histórica, perscrutando-se a vontade, pura e simples, do legislador.

(83) *Maranhão, Délio et al.* "Instituições de Direito do Trabalho", vol. 1, 15ª ed., atual. por *Süssekind, Arnaldo e Teixeira Filho, João de Lima*, São Paulo: LTr, 1995, págs. 168-169.

(84) *Reale, Miguel.* "A equidade ...". Ob. cit., pág. 12.

(85) *Giglio, Wagner D.* "A equidade ...". Ob. cit., pág. 868.

(86) *Ferrara, Francesco.* "Interpretação e ...". Ob. cit., pág. 138.

Por sinal, ao tratar de questões na interpretação jurídica em dissertação apresentada na Conferência de Direito e Interpretação na Universidade de Tel Aviv em maio de 1993, *Brian Bix*, sobre as discussões em torno da “intenção legislativa”, relata que na Inglaterra, “até recentemente, não se podia consultar o registro dos debates legislativos para determinar o significado de uma lei. Em vez disso, o foco concentrava-se (e ainda concentra-se) no significado ‘literal’ ou ‘simples’ da lei. *Lord Reid* explicou: ‘Estamos buscando o significado das palavras que o Parlamento usou. Não estamos buscando o que o Parlamento quis dizer, mas o verdadeiro significado do que disse’”.⁽⁸⁷⁾

Mais adiante, no entanto, ressalta o autor que “quando os juízes ou comentaristas de um certo sistema jurídico referem-se à ‘intenção legislativa’ ao interpretar leis, nem sempre (na verdade, diria que raramente) estão usando a expressão da mesma forma que utilizam ‘intenções’ em um contexto individual ou conversacional”.⁽⁸⁸⁾ É fato. A lei, quando promulgada, desgarra-se do seu criador. Vale pelo que é, e não pelo que queria o legislador que ela fosse. O que estamos sugerindo, na fase de interpretação mencionada, é que haja uma busca evolutiva do sentido da lei, de acordo com o momento social em que ela é aplicada.

A chamada interpretação evolutiva, pontifica *Ferrara*, “é sempre mera aplicação do direito, e repousa em dois cânones: a *ratio legis* é *objectiva* (não a *ratio* subjectiva do criador da lei) e é *actual* (não a *ratio* histórica do tempo em que a lei foi feita). Assim pode acontecer que uma norma ditada para certa ordem de relação adquira mais tarde um destino e função diversa. É fenômeno biológico que tem correspondência no campo do direito”. De sorte, complementa, “que uma disposição jurídica pode ganhar, com o tempo, um sentido novo que os intérpretes nunca lhe tinham atribuído e que também não estava nas previsões do legislador, ressalvado, já se entende, que daí não venha contradição com outras disposições ou desarmonia com o sistema. A interpretação evoluciona e satisfaz novas necessidades, sem todavia mudar a lei. A lei lá está; mas porque a sua *ratio*, como força vivente móvel, adquire com o tempo coloração diversa, o intérprete sagaz colhe daí novas aplicações”.⁽⁸⁹⁾

Assim, no nosso entender, julgar segundo a equidade (ou com equidade), é imprimir à norma jurídica interpretação finalística, teleológica. É realizar o juiz, recorrendo a critérios

(87) *Bix, Brian*. “Questões na interpretação jurídica”. In: *Marmor, Andrei* (edit.). “Direito e Interpretação: Ensaio de Filosofia do Direito”, trad. Borges, Luís Carlos; rev. da trad. Vieira, Silvana; rev. téc. Rios, Gildo Sá Leitão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 215.

(88) Ob. cit., pág. 216.

(89) *Ferrara, Francesco*. “Interpretação ...”. Ob. cit., pág. 173.

técnicos de interpretação e levando em conta que o objetivo último da lei é promover o bem comum, solucionando os litígios da forma mais justa possível, a tão almejada Justiça do (e no) caso concreto. É também de *Ferrara* a afirmação de que “a interpretação da lei é, de facto, essencialmente teleológica; mira ao resultado prático; quer realizar um ordenamento de protecção. Por isso se explica a eficácia prática da jurisprudência que plasmou e plasma continuamente o material jurídico e portanto, longe de situar-se no ambiente vazio da dialética, age num ambiente cheio de realidade”.⁽⁹⁰⁾

Não se está, com isto, descartando, evidentemente, uma interpretação operativa, em situações em que as próprias normas jurídicas apresentam-se dúbias. Discorrendo sobre o significado de uma interpretação operativa, que para ele é aquela que se realiza na aplicação do direito quando existem dúvidas referentes ao significado das regras a aplicar que são relevantes para tomar uma decisão, *Jerzy Wróblewski*, professor de Teoria Geral de Direito e do Estado diz que “un modelo de interpretación operativa, en una primera aproximación, tiene que individualizar: a) dudas, como punto de partida de la interpretación; b) uso de directivas interpretativas que implican valoraciones; c) toma de una decisión interpretativa que, eventualmente, es o há de ser justificada”.⁽⁹¹⁾

Não temos dúvida do acerto das lições *supra*. Mas *Giglio* foi quem conseguiu sintetizar melhor a função da equidade no campo da interpretação normativa: “A equidade não é um método nem uma técnica de interpretação, mas um **pressuposto lógico** da atividade interpretativa: Se a finalidade do Direito é a Justiça, toda interpretação de suas normas deve respeitar esse fundamento teleológico, isto é, ser equitativa, tender para o justo”.⁽⁹²⁾

7. A EQUIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Conquanto pareça ambicioso o propósito contido no título deste item, não há, de nossa parte, qualquer pretensão de esgotamento do tema. Partiremos do exame geral realizado por *Wagner Giglio* — ainda sob os auspícios da Carta anterior — no excelente artigo já por diversas vezes citado, tentando complementá-lo à luz das disposições constitucionais vigentes, particularizando de forma ligeira o estudo sob o ângulo do Direito Civil e, finalmente, no que mais nos interessa, analisando-o na esfera do Direito do Trabalho.

Refere *Giglio* que, ainda sob influência da corrente mais moderada da escola da livre

(90) “Interpretação ...”. Ob. cit., pág. 170.

(91) *Wróblewski, Jerzy*. “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”. Trad. Azurza, Arantxa; rev. e not. introd. Salaverria, Juan Igartua, Madrid: Civitas, 1988, pág. 36.

(92) *Giglio, Wagner D*. “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 869.

pesquisa do direito, entre nós representada por *Clóvis Bevilacqua*, “dispunha o art. 113, n. 37 da Constituição Brasileira de 1934, ao tratar dos direitos e das garantias individuais, que ‘nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.’”⁽⁹³⁾ O modelo constitucional de então posicionava a equidade como recurso supletivo para integração das lacunas existentes no ordenamento jurídico. Em caso de omissão da lei, deveria o juiz recorrer à analogia, aos princípios gerais do direito e, por fim, à equidade.

Considerando a equidade o mais genérico dos princípios gerais, a única explicação plausível encontrada pelo autor brasileiro para a sua destacada inclusão no texto é de que a sua função seria a de, “inexistindo **outro** princípio geral aplicável à espécie, conceder inteira e total liberdade ao juiz para julgar como lhe parecesse mais justo, fundamentando sua decisão naquela noção subjetiva, imprecisa e intuitiva de um ideal de Justiça”.⁽⁹⁴⁾

As Constituições de 1937, 1946, 1967/69 e 1988, nenhuma disposição trouxeram acerca da equidade. A Carta vigente, no entanto, incorporou a tendência de normatização dos princípios a que já nos referimos anteriormente, tendo conteúdo social amplo, razão por que passou a ser rotulada “Constituição Coragem” ou “Constituição Cidadã”, conforme já tivemos a oportunidade de assinalar em outro trabalho⁽⁹⁵⁾. Nesse sentido, é possível dizer que o Direito Constitucional está impregnado de equidade, bastando ao intérprete aplicá-lo, observando a carga normativa de seus princípios, para julgar com equidade.

E não é possível ignorar que “a Constituição é texto e contexto necessário de todas as leis. Elas têm a sua vertente e a sua sede na Constituição, que delas é fundamento e sobre elas tem primazia. A Constituição é, assim, dotada de superlegalidade formal e material, por causa do seu caráter fundacional do Estado e do Direito que o estrutura e que nela se contém”⁽⁹⁶⁾, conforme assinala *Cármem Lúcia Antunes Rocha*, com indiscutível propriedade.

7.1. A aplicação da equidade no Direito (e no Processo) Civil

A Lei de Introdução ao Código Civil (DL n. 4.657/42, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1942), dispõe no seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Disposição

(93) *Giglio, Wagner D.* “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 870.

(94) Ob. cit., págs. 870-871.

(95) *Oliva, José Roberto Dantas.* “Tutela da Moral na esfera trabalhista: Tendências e Perspectivas”. In: Leite, Eduardo de Oliveira (coord.). “Grandes Temas da Atualidade: Dano moral”, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 266.

(96) *Rocha, Cármem Lúcia Antunes.* “Constituição e Constitucionalidade”, Belo Horizonte-MG: Editora LÊ, 1991, pág. 51.

semelhante é encontrada no artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Embora o Código Civil ainda vigente seja de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1917, houve modificação de sua Lei de Introdução em 1942, com exclusão da menção à equidade. A omissão, segundo *Spínola Filho*, citado por *Giglio*, foi intencional. Se considerarmos que o antigo Código de Processo Civil brasileiro dispunha no seu artigo 114 que “quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador” e o atual, no artigo 127, estipula que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, seria mesmo possível chegar a essa conclusão, até em razão do tratamento dado pelo CPC no artigo anterior (126) às hipóteses de integração das lacunas, sem menção à equidade.

Giglio, no entanto, defendendo sua posição, diz que *Clovis Bevilacqua*, “o mais autêntico comentador do Código Civil porque autor do projeto vitorioso”, inclui a equidade entre os princípios gerais de direito, ao asseverar que “as noções de liberdade, de justiça, de equidade, a moral, a sociologia e a legislação comparada concorrem para desprender do conjunto das idéias que formam a base da civilização hodierna, os princípios gerais e as permanências do direito” (*in* “Código Civil Comentado”, 10ª ed., 1953, vol. I, págs. 87-88).⁽⁹⁷⁾

Muito perdeu em importância a discussão doutrinária na fase contemporânea, do pós-positivismo, com a crescente positivação dos princípios nas Leis Fundamentais. Para o professor de Direito Constitucional *Luís Roberto Barroso*, por sinal, é possível extrair, do artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que “a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente”.

Diz ser forçoso concluir que “muitos direitos deixaram de se tornar efetivos por omissão dos titulares ou de seus advogados; a estes terá faltado, ao menos em certos casos, alguma dose de ousadia para submeter à tutela jurisdicional pretensões fundadas diretamente no texto constitucional. Consigne-se, todavia, em sua defesa, que até quadras mais recentes, *os tempos* não eram propícios a teses de maior arrojo.”⁽⁹⁸⁾

(97) *Giglio, Wagner D.* “A equidade ...”. Ob. cit., pág. 870.

(98) *Barroso, Luís Roberto.* “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág. 143.

Identifica *Barroso*, nos direitos sociais (como são os trabalhistas), aqueles que “têm percorrido trajetória mais ingrata. Sob o aspecto estritamente jurídico, uma das dificuldades que enfrentam é que, freqüentemente, vêm eles encambulhados com as normas programáticas, sem que se possa prontamente discriminar as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis”. Enquanto alguns direitos sociais previstos na Constituição são pronta e diretamente exigíveis (jornada de trabalho, adicional noturno, repouso semanal remunerado, férias anuais, licença à gestante etc.), outros, conforme o eminente professor, “deixam de concretizar-se, muito embora sejam veiculados em dispositivos que apresentam a mesma estrutura lógico-normativa das demais regras definidoras de direitos, comportando aplicação direta e imediata”.⁽⁹⁹⁾

De toda sorte, no Direito Civil e no processo a ele correlacionado, é estreitíssima a possibilidade de julgamento por equidade, tendo em vista que o próprio legislador determinou que isto só deve ocorrer nos casos previstos em lei. Restringiu, assim, a integração das lacunas com base na equidade às hipóteses disciplinadas pelo próprio texto legal. Logo, além da hierarquia estabelecida no artigo 126 do CPC, só em última análise se valerá o intérprete da equidade para criar o direito do caso concreto.

E quais seriam as autorizações legais para julgamento por equidade na esfera civil? Em procedimentos de jurisdição voluntária, o legislador autorizou o juiz a deixar de “observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (artigo 1.109 do CPC). No artigo 2º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), embora esta não se dirija ao Poder Judiciário, está expresso que, a critério das partes (ou seja, é preciso convenção prévia a respeito), a arbitragem poderá ser de equidade (sendo possível imaginar, inclusive, neste caso, solução até mesmo *contra legem*).

O Código Civil, por sua vez, no art. 1.456, dispõe que ao aplicar a pena de perda de direito ao seguro ao segurado que aumentar os riscos do contrato, “procederá o juiz com equidade”. Não há dispositivo correspondente no novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com *vacatio* de um ano). É possível ao juiz decidir também por equidade nos Juizados Especiais, vez que o artigo 6º da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Conforme os professores *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria de Andrade Nery*, nos juizados especiais cíveis, “a lei prevê, de maneira expressa, o abrandamento da jurisdição

(99) *Barroso, Luís Roberto*. “O Direito Constitucional ...”. Ob. cit., pág. 146.

de direito, permitindo o julgamento por equidade, em sentido especial. Não se pode interpretar a expressão ‘decisão que reputar mais justa e equânime’ de outra forma que não a de que a lei permite a decisão por equidade. Vale dizer, o juiz não está adstrito ao critério da estrita legalidade. Não por equidade pura, mas temperada com ‘os fins sociais da lei’, conforme dita o dispositivo ora comentado”.⁽¹⁰⁰⁾

Além dos exemplos acima, os autores mencionados citam também o Código de Defesa do Consumidor (CDC — Lei n. 8.078/90), que no artigo 7º diz que os direitos nele previstos não excluem outros derivados “dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”, bem como que “é permitido ao juiz decidir lides tributárias por equidade, nas hipóteses do CTN, 108 IV e 172”.⁽¹⁰¹⁾

Acrescentaríamos ainda que, quando, nas hipóteses de antecipação da tutela nas obrigações de fazer ou cujo objeto seja entrega de coisa, ao autorizar o legislador que o juiz imponha ao réu multa “suficiente ou compatível” (art. 461, § 4º, do CPC), bem como que modifique o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou “insuficiente ou excessiva” (§ 6º do mesmo dispositivo, acrescentado pela Lei n. 10.444/2002), ainda que não tenha feito alusão expressa à equidade, é dela — usando o seu prudente arbítrio — que deve valer-se o magistrado para aferição da suficiência, compatibilidade ou excesso da sanção.

Mas se para julgar por equidade o juiz precisa estar autorizado pela lei, para decidir segundo a equidade esta autorização, mesmo no processo civil, é desnecessária. Nesse sentido, observava *Celso Agrícola Barbi* que “a regra legal não significa excluir a aplicação da equidade fora dos casos de autorização, porque o direito continua a ser *ars boni et aequi*. Desse modo, ao aplicar a lei aos casos concretos, o juiz não deixará de atenuar o rigor excessivo que, na espécie, trazer consequências indesejáveis; e, para esse fim, usará da equidade”.

“Em síntese”, prosseguia o jurista, “a equidade, como meio de interpretação da norma legal, para uma justa aplicação ao caso concreto sujeito a julgamento, não depende de autorização expressa do legislador”.

“Esta só é necessária para os casos em que o juiz deva aplicar a equidade, em vez de aplicar texto legal. As hipóteses dessa autorização não são numerosas em nosso direito,

(100) *Nery Junior, Nelson; e Nery, Rosa Maria de Andrade*. “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor”, 5ª ed., São Paulo: RT, 2001, pág. 2198, in nota 1 ao art. 6º da LJE.

(101) Ob. cit., pág. 582, in nota ao art. 127.

mas podem-se apontar, v. g., o art. 1.456 do Código Civil, pelo qual o juiz procederá com equidade no apreciar a pena de perda do direito ao seguro pelo segurado que aumentou os riscos; o art. 1.040, IV, do Código Civil, que prevê a decisão por equidade no juízo arbitral”⁽¹⁰²⁾ (revogado pela Lei n. 9.307/96, conforme observado em nota de rodapé).

7.2. A equidade encontra campo fértil no Direito do Trabalho

Estranha *Miguel Reale* que, “nascido sob a cálida luz da equidade, o Direito do Trabalho nem sempre lhe tenha atribuído o papel relevante que lhe cabe”.⁽¹⁰³⁾ Assenta, mais adiante, que o Direito do Trabalho é “por sua natureza, um Direito a que é inerente um ‘sentido dinâmico’, de contínua adequação às estruturas sociais em mudança, sempre visando a garantir aos protagonistas do trabalho a plenitude de seu ser pessoal, numa permanente conciliação entre valores individuais e grupais”.⁽¹⁰⁴⁾

No entender de *Reale*, esta nota de “dinamicidade social” a que se referem muitos autores ao procurarem caracterizar “o espírito do Direito do Trabalho”, bastaria para “desde logo se ter de reconhecer que o papel desempenhado pela equidade nos domínios da Jurisprudência, em geral, se revela ainda mais significativo na tela da Hermenêutica trabalhista, cujas relações implicam sempre um *ser situado num quadro de peculiares circunstâncias*, como é o caso do trabalhador ou do empresário”.⁽¹⁰⁵⁾

O autor cita como exemplo típico da projeção da equidade na esfera do Direito do Trabalho o “princípio *pro operario*” (este, pela classificação de *Plá Rodriguez*, que adotamos, pertenceria ao Princípio da Proteção), explicando que isto se dá pelo fato de todo “juízo de equidade” se reduzir, em análise última, a uma “razão de igualdade”, havendo o propósito de assegurar entre o empregador e o empregado uma relação concreta de paridade”. E a igualdade a que se refere o autor, aqui, deriva da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na exata medida dessa desigualdade.⁽¹⁰⁶⁾

Na verdade, no Direito do Trabalho, não há a exigência, como no Direito (e no proces-

(102) *Barbi, Celso Agrícola*. “Comentários ao Código de Processo Civil”. Atual. por Botelho, Eliana Barbi, vol. I, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 393.

(103) *Reale, Miguel*. “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 12.

(104) “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 13.

(105) “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 13.

(106) Sobre ser a proteção imanente ao princípio da isonomia, já discorremos anteriormente: *Oliva, José Roberto Dantas*. “Convenções e acordos coletivos: Conteúdo, alterações *in mellius* e *in pejus* e teorias do conglobamento e da acumulação. A proposta de prevalência do negociado sobre o legislado”. In: “Síntese Trabalhista”, ano XIII, n. 153, Porto Alegre-RS: Editora Síntese, mar. 2002, págs. 134-135; *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, vol. 48, ano 5, Ribeirão Preto-SP: Nacional de Direito Livraria Editora Ltda., abr. 2002, págs. 42-44; e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*, n. 17, out./dez. 2001, São Paulo: LTr, 2002, págs. 111-113.

so) Civil de que exista autorização legal específica para que o juiz decida por equidade. A fórmula do artigo 8º da CLT é muito mais elástica, admitindo que tão-só existindo lacuna, decida o juiz por equidade:

“Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

Não nos parece que haja, na formulação legal em questão, qualquer hierarquia. Assim, “conforme o caso”, poderá o juiz, desde que não haja disposição legal ou contratual à qual possa subsumir-se aquele sob sua análise, decidir por equidade. Deve atentar para que o resultado não privilegie interesse de classe ou particular em detrimento do interesse público. Obviamente que esta “liberdade” não transforma, pelo menos em sede de dissídio individual, o juiz do trabalho em legislador. Só haverá decisões por equidade em situações especialíssimas, pois, na atualidade, a colmatar as lacunas da legislação ordinária, estão os próprios princípios insculpidos na Carta Maior, com a normatividade que lhes é própria, conforme já exposto à exaustão.

Vale, também aqui, o alerta de que o juiz do trabalho deverá sempre julgar com (ou segundo a) equidade, mas **por** equidade só quando houver lacunas — e os casos são raros — e, ainda assim, nunca de forma a contrariar normas jurídicas. Ou seja: o juiz trabalhista poderá decidir *secundum legem* e até *praeter legem*, mas, a exemplo do juiz comum, nunca *contra legem*. Norma recente, que introduziu no processo do trabalho o procedimento sumaríssimo (Lei n. 9.957/2000), a exemplo do ocorrido na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), trouxe autorização para que o juiz do trabalho adote, nas causas cujo valor não excedam a 40 salários mínimos, a solução que lhe parecer mais justa e equânime.

Esta é a dicção do novo § 1º do artigo 852-I, da CLT:

“§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

Não trouxe, a bem da verdade, grande inovação o dispositivo, tendo mais a finali-

dade de reforço de idéia, pois, como se viu, o artigo 8º da CLT já previa a possibilidade de manejo da equidade nas causas trabalhistas em geral. Apesar de afirmar que, a partir da vigência do novo dispositivo, “se determinada norma legal revelar-se injusta, poderá o juiz, valendo-se do mencionado princípio, desfazer a injustiça, aplicando regras que derivam do Direito Natural”, *Manoel Antonio Teixeira Filho* ressalva que “a equidade, entretanto, não é algo que se contraponha à lei...”⁽¹⁰⁷⁾, acrescentando ainda:

“Uma advertência, contudo, se faz necessária a esta altura: não é dado ao juiz alegar que o texto da lei não se coaduna com o seu sentimento pessoal de justiça e, em razão disso, deixar de aplicar a lei, em nome do princípio da equidade. O que será lícito ao juiz fazer, isto sim, é dar à lei uma interpretação que, retirando os rigores da norma, faça com que a sua aplicação se torne mais ou menos injusta. Havendo lei, portanto, o juiz não pode deixar de aplicá-la, a pretexto de estar a valer-se das regras de equidade; se o fizesse, estaria, a um só tempo:

a) proferindo sentença arbitrária, que, por isso, não resistiria a um ataque pela via tradicional dos recursos, pois, em nosso meio, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (Const. Federal, art. 5º, inciso II). Destacamos;

b) tomando o lugar do legislador.”⁽¹⁰⁸⁾

Como no dispositivo legal há determinação expressa para que o juiz atenda “aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, é possível, com segurança, afirmar que *contra legem* igualmente não terá liberdade para sentenciar, mesmo no procedimento sumaríssimo, o magistrado trabalhista. Dar a interpretação acima mencionada por *Teixeira Filho*, nada mais é do que julgar com (ou segundo a) equidade, e não por equidade, a partir da distinção acolhida neste trabalho. Não podemos, assim, concordar com a afirmação do autor de que “a regra constante do art. 852-I, § 1º, da CLT é revolucionária do sistema do processo do trabalho...”, pois nortear-se pela equidade nos julgamentos que profere sempre foi dever do juiz, seja ele do trabalho ou não.

Poderíamos, por fim, para valer-nos da abalizada opinião dos professores *Nelson e Rosa Nery* acerca da Lei dos Juizados Especiais cíveis, acima transcrita, pensando na

(107) *Teixeira Filho, Manoel Antonio*. “O Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho”, 2º t., São Paulo: LTr, 2000, pág. 122.

(108) “O Procedimento ...”. Ob. cit., pág. 123.

autorização para julgar **por** equidade, afirmar que não é de equidade pura que trata o dispositivo, mas de equidade temperada com os “fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, conforme nele próprio expresso. *José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva* também entende que a regra examinada não trouxe novidade ao processo do trabalho, chegando a afirmar que “conquanto de expressão ímpar, é desnecessária, porque o art. 5º, da LICC, já a contempla, sendo em verdade *a regra máxima de hermenêutica*, que deve ser obedecida cegamente por qualquer Magistrado”.⁽¹⁰⁹⁾

Acrescenta o eminente juiz do trabalho da 15ª Região que “de longa data na Justiça do Trabalho a equidade, assim como os costumes, a analogia, a jurisprudência, o direito comparado e os princípios gerais de direito do trabalho, é fonte subsidiária do direito, sobretudo os princípios específicos do direito do trabalho, pelo que se depreende do exame do art. 8º, *caput*, da CLT”. O que deve o juiz evitar, adverte, é “o método da jurisprudência sentimental, do bom juiz *Magnaud*, porque ele não pode simplesmente ignorar o texto da lei, que em nosso ordenamento jurídico é a principal fonte do direito, mas dar-lhe uma interpretação mais condizente com os ditames da justiça”.⁽¹¹⁰⁾

Ementas de alguns julgados, por nós selecionadas, ilustram bem hipóteses de aplicação da equidade em dissídios individuais trabalhistas. No caso abaixo, decidiu-se que, implantado quadro de carreira com base em parâmetros anteriores à suspensão do contrato de trabalho, o empregado em gozo de benefício previdenciário faz jus às vantagens dele decorrentes:

“O trabalhador em gozo de benefício previdencial que se aposenta sem retornar ao emprego, em princípio, não tem direito às vantagens de um ‘quadro de carreira’ implantado durante o período de suspensão do contrato em decorrência do gozo daquele benefício. Porém, se a implantação do ‘quadro’ envolveu vantagens funcionais e pecuniárias com efeito retroativo, abrangendo período em que o trabalhador se encontra no efetivo exercício, e se a instância ordinária, em face da prova, concluiu que o empregador tinha elementos para fazer o reenquadramento do empregado, o pedido deve ser considerado procedente — inclusive por equidade — com reflexos nos valores dos benefícios previdenciais complementados pelo empresário” (TST, RR n. 3637/79, Ac. 2ª T., em 20.3.80, Rel. Min. Mozart Victor Russomano, DJ 30.5.80.)⁽¹¹¹⁾

(109) *Silva, José Antônio Ribeiro de Oliveira*. “Questões Relevantes do Procedimento Sumaríssimo: 100 perguntas e respostas”, São Paulo: LTr, 2000, pág. 125.

(110) “Questões ...”. Ob. cit., págs. 126-127.

(111) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002.

Tratamento equânime também foi dado pelo TST a caso de correção do débito de empregado, de maneira a que, sem permiti-la, não sofresse maiores prejuízos o empregador:

“Débito do empregado — correção monetária. A legislação específica (Decreto-Lei setenta e cinco de sessenta e seis e leis subsequentes) não permite interpretação no sentido de corrigir-se o débito do empregado para com o empregador, tendo em vista que só alude a correção do débito deste.

Contudo, por equidade, impõe-se que a compensação do débito do empregado seja levada a efeito na época em que, juridicamente, foi constituído, procedendo-se a correção monetária do débito do empregador somente a partir de então, entendimento que não fere o traduzido pelo enunciado cento e oitenta e sete do TST” (TST, RR n. 4139/88, Ac. 3ª T., em 26.5.93, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJ 25.6.93, pág. 12745.)⁽¹¹²⁾

Sobre a incidência de horas extras no cálculo do aviso prévio trabalhado:

“Horas extras — aviso prévio. Se o empregado, dispensado da prestação de serviços no período do aviso prévio ou, ainda, dispensado abruptamente tem direito ao recebimento da parcela com o reflexo das horas extras habituais, não seria equânime negar-lhe o direito quando dele for exigida a prestação normal de serviços no período, sem prejuízo da redução de horário estabelecida pela lei, raciocínio que se impõe por amor à equidade, tendo em vista o entendimento consagrado via do enunciado noventa e quatro do TST” (TST, RR n. 47840/92, Ac. 3ª T., em 22.6.94, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJ 26.8.94, pág. 22036).⁽¹¹³⁾

Por fim, em acórdão recente, outro critério não restou ao Tribunal Superior do Trabalho, na fixação do valor de utilidade fornecida pelo empregador (veículo), que o arbitramento por equidade:

“Salário-utilidade. Veículo. Fixação do valor devido. Equidade.

1. A integração ao salário da utilidade fornecida graciosamente ao empregado há de ser mediante valor justo e razoável, o que somente se alcança emprestando-se ‘o real valor da utilidade’ (Súmula n. 258 do TST). Para tanto, cumpre observar o

(112) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002.

(113) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002.

conteúdo econômico e de mercado que efetivamente ostenta, o que impõe que se tome em conta o salário contratual (CLT, artigo 458, § 3º, por analogia).

2. Silente a lei no tocante a critérios objetivos de quantificação do valor da utilidade-veículo, arbitra-se, por equidade (CLT, art. 8º) em 10% do salário contratual, em diretriz cuja tônica é a fixação de valor que não seja ínfimo, nem exorbitante” (TST, RR n. 299237/96, Ac. 1ª T., em 19.5.99, Rel. Min. João Orestes Dalazen, DJ 25.6.99, pág. 100.)⁽¹¹⁴⁾

Há casos mesmo de consagração da equidade em Súmula, ainda que não de forma explícita. É, por exemplo, o que acontece com o Enunciado 291 do TST: “A supressão pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão”.

Não se encontra na lei a engenhosa fórmula de indenização decorrente da supressão de horas extras habituais. Não obstante, afigura-se ela mais razoável do que integrar-se ao salário o valor das horas extraordinárias, pois, se assim permanecesse, forçado a pagar pelas horas suplementares, dificilmente o empregador deixaria de exigir-las, tornando letra morta o comando constitucional que limita a duração da jornada de trabalho (artigo 7º, XIII, da CF).

Não são raras, igualmente, as hipóteses em que, de tão manejadas pela jurisprudência, soluções equitativas acabaram sendo incorporadas pelo texto legal. Exemplificando: a Orientação Jurisprudencial n. 23 da Seção dos Dissídios Individuais-I do C. TST, estabeleceu não ser devido “o pagamento de horas extras relativamente aos dias em que o excesso de jornada não ultrapassa de cinco minutos antes e/ou após a duração normal do trabalho (se ultrapassado o referido limite, como extra será considerada a totalidade do tempo que exceder a jornada normal)”. O § 1º do artigo 58 da CLT, com a redação que lhe emprestou a Lei n. 10.243/01, aproveitou em parte a orientação da jurisprudência ao dispor:

“§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as

(114) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002.

variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.”

O legislador também — até mais, diríamos — inspirou-se em critérios equitativos, pois, agora, além de não computados os excessos, também não serão descontados atrasos na entrada e antecipações na saída de até cinco minutos, desde que o limite não ultrapasse a dez minutos diários. De fato, dependendo do número de empregados, uma tolerância de até cinco minutos nos horários estabelecidos, variando para mais ou para menos, é bastante razoável. Da forma como restou estabelecido na lei, se o empregador foi beneficiado, o empregado também, pois não poderia a balança pender para um só dos lados, favorecendo o empregador, como antes ocorria.

Mas é no dissídio coletivo que a equidade atua por excelência. A Constituição Federal, no § 2º do artigo 114, dispõe que recusando-se qualquer das partes à negociação (e aqui, poderíamos também falar de equidade administrativa, nas hipóteses de mediação) ou à arbitragem, “é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, **podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições**, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” (destacamos). Ora, o que é isto, senão julgamento por equidade, atuando o juiz como se fora legislador e estabelecendo regras de caráter geral, com aplicação no âmbito das categorias representadas?

Mesmo antes da atual Carta, o saudoso *Coqueijo Costa*, quando Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, asseverava que o juiz do trabalho está permanentemente autorizado a decidir por equidade:

“O juiz do trabalho está permanentemente autorizado a decidir por equidade (CLT, art. 8-oito), mormente no julgamento de ação coletiva de interesse ou econômico, em que o Tribunal cria a norma, partindo do branco, como se diz em doutrina” (TST, RODC n. 300/79, em 14.2.80, T. Pleno, Rel. Min. Coqueijo Costa, DJ 23.5.80.)⁽¹¹⁵⁾

Outras duas decisões do TST ilustram a importância da equidade no exercício do poder normativo conferido à Justiça do Trabalho:

“Poder normativo. 1. O poder normativo, atribuído à Justiça do Trabalho, limita-se, ao norte, pela Constituição Federal; ao sul, pela lei, a qual não pode contrariar; a leste, pela equidade e o bom senso; e a oeste, pela regra consolidada no artigo se-

(115) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002.

tecentos e sessenta e seis, conforme a qual nos dissídios coletivos serão estipuladas condições que assegurem justo salário aos trabalhadores, mas ‘permitam também justa retribuição às empresas interessadas’” (TST, RODC n. 30/82, em 27.5.82, T. Pleno, Rel. Min. Coqueijo Costa. DJ 12.8.82.)⁽¹¹⁶⁾

“Dissídio coletivo — Reajuste a título de produtividade. Não havendo oposição do órgão controlador, o comitê de coordenação das empresas estatais, nos termos do Decreto novecentos e oito, de trinta e um de agosto de noventa e três, nem havendo nos autos demonstração inequívoca em contrário, tem-se por cabível, em atenção ao salutar princípio da equidade, o reajuste de quatro por cento a título de produtividade” (TST, RODC n. 61870/92, em 23.5.94, SDC, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJ 24.6.94, pág. 16750.)⁽¹¹⁷⁾

Em obra também anterior à vigência da atual Constituição Federal, *Arion Sayão Romita* ensinava:

“Quando a controvérsia coletiva tem por objeto o estabelecimento ou criação de novas condições de trabalho, o magistrado julga como um ponderador de interesses econômicos em conflito; ele não se prende a nenhuma regra de direito escrito, à maneira do juiz ordinário. Está liberto, por assim dizer, da lei, e só tem diante de si o princípio da equidade. Não há na controvérsia qualquer texto de lei ou de contrato a invocar, há apenas uma situação de fato, para a qual o juiz tem que estabelecer uma regulamentação, a vigorar como se ele fosse legislador. Não haveria novidade nisso: o juiz legisla para suprir lacunas e encher os espaços vazios no direito positivo; sua atuação, dentro dos limites das lacunas, tem caráter criador. Quando, por não existir uma norma material, uma norma instrumental conferir ao juiz o poder de compor um conflito de interesses, não se ‘acerta’ um estado jurídico preexistente, forma-se *ex novo* um comando; o juiz não declara, cria direito; em vez de ‘acertar’, o juiz dispõe; tipo de processo, a que se pode dar também o nome de processo ou juízo por equidade. A dispositividade, pois, integra e define a natureza da sentença normativa, como um poder de normar, de juridicizar relações da vida; cria direito objetivo, de que se seguirão direitos subjetivos.”⁽¹¹⁸⁾

Até mesmo *Kelsen* reconheceu a função criadora de Direito dos tribunais, que “surge

(116) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002.

(117) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2002

(118) *Romita, Arion Sayão*. “Equidade e Dissídios Coletivos”, Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1976, págs. 86-87.

com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes. Estamos especialmente próximos de uma atribuição deste poder a um tribunal, designadamente a um tribunal de última instância, quando este é autorizado, em certas circunstâncias, a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito material, mas segundo a sua livre apreciação do mesmo, quer dizer: quando é autorizado a produzir uma norma individual cujo conteúdo não está predeterminado em qualquer norma geral do Direito positivo. Conferir a uma tal decisão caráter de precedente é apenas um alargamento coerente da função criadora do Direito dos Tribunais”.⁽¹¹⁹⁾

Certo é que o poder normativo da Justiça do Trabalho tem sido mitigado por decisões do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de limitar aqueles direitos que já encontram previsão no ordenamento jurídico aos patamares legais. Inquestionavelmente, entretanto, a sentença — tecnicamente, melhor seria acórdão, por ser prolatada por um tribunal — normativa, por criar direitos generalizados aplicáveis às categorias profissional e econômica em litígio, exigíveis através de ações individuais, têm natureza jurídica de norma, produzida, a toda evidência, por juízo de equidade.

Não é sem razão, pois, que o ilustrado professor *Wagner Giglio* pontifica: “Considerando essa atividade criadora, a maior dose de liberdade de que goza na aplicação do direito, bem como a independência com que exerce as funções de mediador, nas conciliações, entende-se porque a Justiça do Trabalho é considerada jurisdição de equidade, em comparação com a Justiça comum”.⁽¹²⁰⁾

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não apresentaremos conclusões, deixando em aberto este ensaio para reflexões e amadurecimento científico. A título de resumo do que se discorreu, poder-se-ia dizer que, a nosso ver, o juiz brasileiro não pode ignorar o juramento por ele feito ao tomar posse de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as Leis do País.

Isto não implica em óbice a que exerça atividade intelectual, valendo-se da equidade, tanto na interpretação como na integração das lacunas normativas. A equidade, entretanto, não é fonte — material ou formal — de Direito. É pressuposto de interpretação, havendo

(119) *Kelsen, Hans*. “Teoria pura do direito”, 2ª ed., bras., trad. *Machado, João Baptista*, São Paulo: Martins Fontes, 1987, pág. 268.

(120) *Giglio, Wagner D.* “A Equidade ...”. Ob. cit., pág. 874.

autorização para que seja manejada para completar o ordenamento jurídico em hipóteses de lacuna. A aplicação da equidade deve ocorrer *secundum legem* e até *praeter legem*, mas nunca *contra legem*.

Somos da opinião que não existe Direito que possa ser rotulado “alternativo”. Se contrapor-se rasgada e atrevidamente às normas, não é Direito, ao passo que, se por “alternativo” se entender aquele Direito derivado de interpretação finalística, teleológica, ou mesmo aquele integrador de lacunas existentes no ordenamento jurídico, a adjetivação é perfeitamente dispensável, como se viu ao longo deste estudo.

Com a evolução dos princípios, que se tornaram espécie do gênero norma (ao qual pertencem também as regras jurídicas), na era do pós-positivismo a que alude *Paulo Bonavides*, de hegemonia daqueles na pirâmide normativa, boa parte do espaço reservado à equidade como instrumento de integração de lacunas foi ocupado, pois ao reportar-se aos princípios constitucionais para, por exemplo, negar eficácia a uma regra infraconstitucional, pela via do controle difuso de inconstitucionalidade, o intérprete não estará fora do sistema jurídico. Nessa hipótese, estará julgando segundo a (com) equidade e não mais por equidade (para evitar vício tautológico, sobre a distinção, reportamo-nos ao estudo em si).

Sobre a equidade no Direito brasileiro, é sem dúvida no Direito do Trabalho onde ela encontra o seu campo mais fértil. Se para o Direito (e o Processo) Civil só é possível julgar por equidade quando a lei autorizar de forma específica, no Direito do Trabalho a autorização é genérica (art. 8º da CLT), e foi reforçada com o advento da Lei n. 9.957/2000, que instituiu no Processo do Trabalho o procedimento sumaríssimo, autorizando o juiz do trabalho a optar pela solução mais equânime, desde que atendidos os fins sociais da lei e o bem comum, o que, entretanto, conforme entendemos, não representou inovação significativa.

Mas ao dirimir dissídios coletivos, proferindo sentenças normativas — estas sim, autênticas fontes formais de direito —, é que o juiz do trabalho exercita, por excelência, o juízo de equidade, criando normas gerais e abstratas para regular, no âmbito das categorias profissional e econômica envolvidas, as relações de trabalho, criando direitos subjetivos. Mesmo o juiz do trabalho, no entanto, não é ocioso repetir, não está autorizado a julgar *contra legem* a pretexto de proferir juízo de equidade.

9. BIBLIOGRAFIA

- Acquaviva, Marcus Cláudio*. “Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva”, 1ª ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.
- Alexy, Robert*. “Teoria da argumentação jurídica”. Trad. *Silva, Zilda Hutchinson Schild*, São Paulo: Landy, 2001.
- Andrade, Manuel A. Domingues de*. “Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis”, 3ª ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor, 1978.
- Barbi, Celso Agrícola*. “Comentários ao Código de Processo Civil”. Atual. por *Botelho, Eliana Barbi*, vol. I, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Barroso, Luís Roberto*. “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- Bastos, Celso Ribeiro*. “Hermenêutica e interpretação constitucional”, 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- Bergel, Jean-Louis*. “Teoria Geral do Direito”. Trad. Galvão, Maria Ermantina, São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Bix, Brian*. “Questões na interpretação jurídica”. In: *Marmor, Andrei* (edit.). “Direito e Interpretação: Ensaios de Filosofia do Direito”, trad. *Borges, Luís Carlos*; rev. da trad. *Vieira, Silvana*; rev. téc. *Rios, Gildo Sá Leitão*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Bobbio, Norberto*. “Teoria do Ordenamento Jurídico”, 10ª ed., trad. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Brasília: UnB.
- _____. “O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito”, comp. por *Morra, Nello*; trad. e not. *Pugliesi, Márcio*; *Bini, Edson*; e *Rodrigues, Carlos E.*, São Paulo: Ícone, 1995.
- Bonavides, Paulo*. “Curso de Direito Constitucional”, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- Comparato, Fábio Konder*. “Função Social do jurista no Brasil contemporâneo”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 80, ago. 1991, vol. 670.
- Diniz, Maria Helena*. “Curso de Direito Civil Brasileiro — Teoria Geral do Direito Civil”, vol. 1, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- Ferrara, Francesco*. “Interpretação e aplicação das leis”, “Coleção Stvdivm. Temas fi-

- losóficos, jurídicos e sociais”. Traduzido por Andrade, Manuel A. Domingues de, 3ª ed., Coimbra-Portugal: Arménio Amado — Editor, Sucessor, 1978.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda*. “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 2ª ed., 28ª impr., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- Giglio, Wagner D.* “A equidade e o Direito do Trabalho Brasileiro”. Revista LTr, São Paulo: LTr, 39/867-874.
- Kelsen, Hans*. “Teoria pura do direito”, 2ª ed., bras., trad. Machado, João Baptista, São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- Langaro, Luiz Lima*. “Curso de Deontologia Jurídica”, atual. por *Dipp, Gilson Langaro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- Michaelis*. “Moderno Dicionário da Língua Portuguesa”, São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- Montoro, André Franco*. “Estudos de Filosofia do Direito”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- Nery Junior, Nelson; e Nery, Rosa Maria de Andrade*. “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor”, 5ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- Oliva, José Roberto Dantas*. “Tutela da Moral na esfera trabalhista: Tendências e Perspectivas”. In: *Leite, Eduardo de Oliveira* (coord.). “Grandes Temas da Atualidade: Dano moral”, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. “Convenções e acordos coletivos: Conteúdo, alterações *in mellius* e *in pejus* e teorias do conglobamento e da acumulação. A proposta de prevalência do negociado sobre o legislado”. In: *Síntese Trabalhista*. Ano XIII, n. 153, Porto Alegre-RS: Editora Síntese, mar. 2002; *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, vol. 48, ano 5, Ribeirão Preto-SP: Nacional de Direito Livraria Editora Ltda., abr. 2002; e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*, n. 17, out./dez. 2001, São Paulo: LTr, 2002.
- Peces-Barba, Gregorio*. “Los Valores Superiores”, Madrid: Tecnos, 1986.
- Perelman, Chaim*. “Ética e Direito”, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Reale, Miguel*. “A equidade no Direito do Trabalho”. Revista da Faculdade de Direito, v. LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974.
- _____. “Teoria Tridimensional do Direito”, 5ª ed., rev. e reestr., 5ª tir., São Paulo:

Saraiva, 2001.

_____*Rocha, Cármen Lúcia Antunes.* “Constituição e Constitucionalidade”, Belo Horizonte-MG: Editora Lê, 1991.

_____*Romita, Arion Sayão.* “Eqüidade e Dissídios Coletivos”, Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1976.

_____*Silva, De Plácido.* “Vocabulário Jurídico”, v. II, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____*Silva, Floriano Correa Vaz da.* “A eqüidade e o Direito do Trabalho”. Revista LTr, São Paulo: LTr, 38/913-922.

_____*Silva, José Antônio Ribeiro de Oliveira.* “Questões Relevantes do Procedimento Sumaríssimo: 100 perguntas e respostas”, São Paulo: LTr, 2000.

_____*Souza, Luiz Sérgio Fernandes de.* “Que Direito Alternativo?”. In: Di Giorgi, B.; Campilongo, C. F.; Piovesan, F. (coord.). “Direito, cidadania e justiça”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____*Süssekind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas; e Teixeira, Lima.* “Instituições de Direito do Trabalho”, 15ª ed., São Paulo: LTr, 1995, vol. 1.

_____*Tavares, André Ramos.* “Tratado da Arguição de Preceito Fundamental”, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____*Teixeira Filho, Manoel Antonio.* “O Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho”, 2º t., São Paulo: LTr, 2000.

_____*Vidal, Felix M. Calvo.* “La Jurisprudencia: Fuente del Derecho?”, Valladolid: Lex Nova, 1992.

_____*Wróblewski, Jerzy.* “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”. Trad. Azurza, Arantxa; rev. e not. introd. Salaverria, Juan Igartua. Madrid: Civitas, 1988.